

الوسيط في شرح القانون المكي

الجزء الثامن

حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال

ولر

الحياة والتراب العربي

سبعة - لبنان

الوسيط في شرح القانون الملائم

(٨)

حقوق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال

تأليف

عبد العزيز السني

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوم من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

بيانه

أفردنا هذا الجزء الثامن من الوسيط للكلام في حق الملكية في ذاته ،
حدوده أسباب كسبه . أما أسباب كسب الملكية ، وكذلك الحقوق العينية الأصلية
المنفردة عن الملكية (من الانتفاع ومن الارتفاق) ، فطأها الجزء التاسع .

وقد جعلنا هذا الجزء الثامن قسمين : بحثنا في القسم الأول منهما الأشياء
المادية ، ثم الأشياء غير المادية أي ما يسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية
والصناعية . وبحثنا في القسم الثاني من الملكية في ذاته .

القسم الأول
الأشياء المادية
والأشياء غير المادية

تمهيد (٥)

١ - الأُشياء وقسمها إلى مادية وغير مادية - الشيء والمال -

نص قانوني : تمهد للكلام في حق الملكية والحقوق العينية المنفردة عنه يبحث

(د) مراجع عامة في التقسيم معاً (الأُشياء وهي الملكية) : بودري وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - أوبري ورو وبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٢٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ - بيدان وفواران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ - بلانيول وريبير وبيكار جزء ٣ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ - دي باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجي جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ - كولان وكايتان ودي لاموراندبير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ - چوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ - هنري وليون وچان مازو دروس في القانون المدني جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ - مارق ورينو ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ - كاربونييه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ - أنسيكلوبيدي دالوز جزء ١ سنة ١٩٥١ لفظ (Biens) وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ (Propriété) وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ (لفظ Succession) .

محمد كامل م سى جزء أول في الأموال والحقوق وحق الملكية بوجه عام الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ وجزء ٢ في الحقوق المنفردة عن حق الملكية سنة ١٩٤٩ - محمد علي عرفة في حق الملكية جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٤ - شليق شحاتة في النظرية العامة لحق المبنى سنة ١٩٥١ - عبد الفتاح عبد الباقي في دروس في الأموال سنة ١٩٥٦ - عبد المنعم البدرأوى في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية) الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ - إسمايل غانم في الحقوق العينية الأصلية جزء أول الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ - عبد المنعم فرج الصدة في حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ - منصور مصطفى منصور في حق الملكية سنة ١٩٦٥ .

وعند إشارة إلى هذه المراجع يرجع إلى الطبعة الميئة أمام كل مرجع منها .
هذا وقد صدرت مؤلفات عدة تبحث في الملكية في القانون المدني المراق ، فذكر هنا ما وقع منها تحت بدنا ليرجع إليها من يشاء البحث في هذا القانون : حامد مصطفى في الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية المقارنة في العراق (معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٦٤) - حسن حل الزنون في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٤ - شاكر ناصر حيدر في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩ - صلاح الدين الناهي في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١ .
وانظر أيضاً : عبد المنعم فرج الصدة في الملكية في قوانين البلاد العربية (معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٦١ - ١٩٦٤) - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن (مذكرات حل الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥) .

في الأشياء ، إذ الشيء هو أكثر التصاقا وأشد ارتباطا بالحق العيني منه بالحق الشخصي . فالحق العيني سلطة قانونية مباشرة على الشيء محل الحق ، ومن ثم يتصل صاحب الحق بالشيء اتصالا مباشراً دون وسيط . أما الحق الشخصي فعلاقة تقوم بين دائن ومدين ، قد يكون محلها شيئاً ولكن الدائن لا يتصل بالشيء اتصالاً مباشراً وإنما يتصل به بوساطة المدين . وهذا يجعل الحق العيني - بخلاف الحق الشخصي - يتركز في الشيء وينصب عليه انصباباً مباشراً ، ويستدعي أن نعهد كما قدمنا للكلام في الحق العيني بالكلام في الشيء .

والشيء ، في نظر القانون ، هو ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية . فشرط الشيء إذن أن يكون غير خارج عن التعامل ، أي قابلاً للتعامل فيه . وتنص المادة ٨١ مدني في هذا الصدد على ما يأتي :

١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٨٣ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٣ . وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، وصار رقمه ٨١ . ووافق عليه لمس الشيوخ كما أقرته بلجته تحت رقم ٨١ ، بعد أن جرت مناقشة طويلة في اقتراح تقوم به أحد أعضاء لمس الشيوخ يرى إلى إضافة فقرة للنص تقضي بجعل الكنائس والمعابد مجرد بنائها والصلاة فيها مملوكة للهيئة الدينية العليا ، وقد رفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٥٩ - ص ٦٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨١ (مطابق) .

للتقنين المدني العراقي : م ٦١ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

ويمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه شرطا في الشيء كما اعتبرناها هنا ، وهذا مما يلبس أن التقنين المدني الجديد قد ذهب إليه إذ تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ٨١ مدنى سائلة الذكر : « وضع المشروع بهذه المادة أساس التفرقة بين الأشياء والأموال ، فبين أن الشيء غير المال ، وأنه (أى الشيء) لا يعلو أن يكون محلا للاحقوق المالية ، بشرط ألا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون » (١) . كما يمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه أساسا لتقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل فيها وأشياء غير قابلة للتعامل فيها ، فتكون الأشياء غير القابلة للتعامل فيها أشياء في نظر القانون كسائر الأشياء ولكن لا يجوز أن يترتب عليها حقوق مالية .

وسواء أخذنا بالاعتبار الأول أو بالاعتبار الثانى ، فالهمم في كل من الاعتبارين أن نحدد الأشياء غير القابلة للتعامل فيها ، وهذه قسمان : (القسم الأول) أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها ، وهى كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « التى يمكن أن ينضع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر ، كالهواء والماء الجارى وأشعة الشمس إلخ . ولذلك عرفها المشروع بأنها الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها » (٢) . (والقسم الثانى) أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأنها : « والأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى التى ينص القانون على عدم جواز التعامل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ - وانظر فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١ ص ٣٩ - ص ٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ - وفى الاعتبار الثانى الذى يترتب بصفة « الشيء » للأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، لا يتدخل القانون - والقانون هنا هو القانون الإدارى لا القانون المدنى - إلا لتنظيم استعمال الناس لهذه الأشياء بحيث لا يضر بعضهم بعضا ، ولا يترتب القانون حقوقا للأفراد على هذه الأشياء لأنها غير قابلة لترتب حقوق عليها إذ هى خارجة عن التعامل (بلانبول وديير ويكار ٣ فقرة ٦٢) .

وإذا انقضى حق المؤلف فى استغلال مصنفه بمضى خمسين سنة هل وفاته ، وقع حق استغلال المؤلف فى أيدي الناس كافة ، وكان لكل فرد الحق فى نشر المؤلف واستغلاله . ولكن حق الاستغلال على هذا الوجه لا يدخل ضمن الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، إذ أن الشيء هنا لا تنص على طبيعته على الاستغلال ، بل هو أقرب إلى أن يكون شيئا مباحا يترتب عليه حق لى فرد بتول استغلاله .

فها بوجه عام ، كالحشيش والأفيون والأشياء التي تدخل ضمن الأموال العامة . ولا يغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل في هذه الأشياء ، كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية ، وإعطاء رخص لاستعمال بعض الأموال العامة الخ ، (١) .

والحقوق المالية التي يكون الشيء محلا لها كثيرة التنوع . فمنها الحقوق العينية الأصلية ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق . ومنها الحقوق العينية التبعية ، كحق الرهن وحق الامتياز . ومنها الحقوق الشخصية ، كحق المشتري في تسليم المبيع وفي انتقال ملكيته إليه وحق المستأجر في تسليم العين المؤجرة وفي تمكنه من الانتفاع بها وحق المأجر في استردادها وحق المقرض في استرداد مبلغ القرض . ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي ، كحقوق المؤلف فيما يسمى بالملكية الأدبية والفنية والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية والملكية التجارية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ - وقد كتبنا في الجزء الأول من الوسيط ، في صدد الشيء غير القابل للتعامل فيه ، ما يأتي : « يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه .. إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأتى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشيء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصاح أن يكون محلا لتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر ، ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة (أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسك في البحر ، ويملكه من يتولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه) . وقد يصبح التعامل ممكنا في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافي ، والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للاحتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ... وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون ، أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . حل أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنيا على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب أو اليها معا ، ووجود النص دليل على غاية المشرع بالأمر فأنظر أن يورد له نصا . أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه م ديا للتوضيح ، كالنص الذي يحرم التعامل في الشركة المستقبلية . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده ، كما حدد الربا القاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظهوف البلاد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصري الاتجار في الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء » (الوسيط ١ فقرة ٢٢٧) .

وفي الفقه الإسلامي تدعى الأشياء التي يحرم التعامل فيها ، كالمخمر ولحم الخنزير ، بالمال غير المتصور .

وظاهر مما تقدم أن الأشياء تنقسم انقساماً مبدئياً إلى أشياء مادية وأشياء غير مادية . والأصل في الأشياء أن تكون مادية ، أى أن يكون لها حيز مادي محسوس ، كالأرض والمباني والمركبات والموالي والمصنوعات والمأكولات والمشروبات . ولم يكن القانون يعرف غير الأشياء المادية ، ولكن تقدم الفكر البشرى مع اختراع الطباعة وازدهارها والتجارة والصناعة أخذ ينشئ بالتدريج أشياء غير مادية ، أى أشياء غير ذات حيز محسوس ، هى نتاج العقل البشرى من تأليف أدبي وفني ومن مخترعات ومبتكرات في الصناعة والتجارة . وإلى الأشياء غير المادية هذه تشير المادة ٨٦ ملغى عندما تقول : « الحقوق التى ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . ومقتناول الأشياء المادية والحقوق التى ترد عليها في الباب الأول من هذا القسم ، وفي الباب الثانى نبحث الأشياء غير المادية وما يرد عليها من حقوق . وتمييزنا بين الشيء من جهة وبين ما يرد عليه من حقوق من جهة أخرى هو عين التمييز بين الشيء والمال . فالشيء غير المال : المال هو الحق المالى الذى يرد على الشيء ، والشيء هو محل هذا الحق (١) .

(١) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « روى في هذا الفصل تمييز بين الأشياء والأموال . فالمال في عرف القانون هو الحق ذر القيمة المالية أيا كان ذلك الحق ، سواء أكان عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية إلخ . أما الشيء ، سواء أكان مادياً أم غير مادي ، فهو محل ذلك الحق . وقد أريد بذلك تحاشي ما وقع فيه التفتين الحال (السابق) ومعظم التفتينات الأجنبية من خلط بين الشيء والمال ، مما جعل تلك التفتينات تم ف المال في بعض نصوصها بأنه شيء ... وفي بعض النصوص الأخرى أنه حق . فأدى ذلك إلى إطلاق التفتينات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضاً ، في حين أن بعض هذه التفتينات لا يصدق إلا على الأشياء كتنقسم الأشياء إلى مثليه وقيمة وإلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٥٧) .

الباب الأول

الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها

٣ — تقسيمات الأشياء المادية وما يرد على هذه الأشياء من حقوق :
قلنا أن الأشياء المادية هي ما كان لها حيز مادي محسوس ، وهي كثيرة
متنوعة ، بل هي الأصل الذي كان القانون لا يعرف غيره كما سبق القول .
ولا يمكن حصرها إلا عن طريق تقسيماتها ، وهذا ما نخصص له الفصل الأول
من هذا الباب . وفي الفصل الثاني نتناول الحقوق التي ترد على الأشياء المادية ،
وهذه الحقوق هي الأموال ، فنقابل بذلك بين الشيء والمال .
ويلاحظ أن الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية لها هي أيضاً جانب
مالى ، فيدخل هذا الجانب ضمن الأموال . ولكننا نفرّد هذه الحقوق ببحث
مستقل كما قدمنا ، لما لها من خصائص تميزها عن الحقوق المالية التي ترد على
الأشياء المادية .

الفصل الأول

تقسيمات الأشياء المادية

٣ — تقسيمات مختلفة : للأشياء المادية تقسيمات مختلفة . فالشيء إما أن
يكون قابلاً للاستهلاك أو غير قابل له ، وإما أن يكون مثلياً أو قيمياً ، وإما أن
يكون عاماً أو خاصاً . ولكن هناك تقسماً للأشياء المادية يعتبر أهم تقسيماتها
جميعاً ، وهو تقسيم الشيء إلى عقار منقول^(١) . فنفرّد لهذا التقسيم الفرع الأول

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، في سدد تقسيمات الأشياء المادية
وغير المادية ، ما يأتي : « وقد بدأ المشروع بتعريف الشيء الذي يصلح محلاً لحقوق المالية فيه »

لأهميته ، وفي الفرع الثاني نتناول التسميات الأخرى التي سبقت الإشارة إليها .

الفرع الأول

تقسيم الأشياء المادية إلى عقار ومنقول

٤ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢ مدني على ما يأتي :

١ - كل شيء مستقر بجذره ، ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .

٢ - ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخفيض المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله (١) .

- المادة ١١١ (م ٨١ مدني) . وقسم الأشياء إلى عقار ومنقول في المادة ١١٢ (م ١٨٢ مدني) ، ثم بين كيف تعدى صفة العقار المنقول إلى المال ذاته ، أي الحق المترتب على الشيء ، في المادتين ١١٣ و ١١٤ (م ٢/٨٢ و ٨٢ مدني) . ثم نظر إلى تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له ، وإلى مثلية وقيمية ، مكتفيا بتعريف الشيء القابل للاستهلاك في المادة ١١٥ (م ٨٤ مدني) والشيء المثل في المادة ١١٦ (م ٨٥ مدني) . ثم انتقل إلى بيان أنواع الأموال ، فعرف الأموال المعنوية في المادة ١١٧ (م ٨٦ مدني) والأموال العامة في المادتين ١١٩ و ١٢٠ (م ٨٧ - ٨٨ مدني) - وقد أهمل المشرع في هذا الفصل بعض مواد التقنين الحالي (السابق) كالمادة ٢٠/٦ - ٢١ التي أشارت إلى تقسيم الأموال إلى ملك وخراجية لانعدام الفائدة منها ، والمادة ١٩/٥ التي بينت الحقوق العينية المختلفة اكتفاء بتخصيص القسم الثاني من المشروع لتفصيل أحكام هذه الحقوق ، الأصلية منها في الكتاب الأول .. والتبعية في الكتاب الثاني .. ، والمادة ٢٣/٨ - ٢٤ التي تعرف المال المباح وتنظم الاستيلاء عليه لتناول هذا الموضوع في مكانه الطبيعي بين أسباب كسب الملكية ... وقد راعى المشرع فيما استبقاه من مواد التقنين الحالي (السابق) إصلاح عباراتها لتلائم ما وجه إليها من نقد ، مع توخي الدقة في التعريف والقصد في التعبير (موعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٢ وفي الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من

المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : م ١١٢ - ١ - يكون عقار كل شيء له مستقر ثابت . بحيث لا يمكن نقله دون تلف . ٢ - وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول . م ١١٤ / ٢ : ومع ذلك يعتبر مالا عقاريا حق الملكية الواقع على المنقول الذي يضعه المالك في عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار واستغلاله . وفي لجنة المراجعة أدمجت فقرتا المادة ١١٢ في فقرة واحدة ونقلت الفقرة الثانية من المادة ١١٤ لتكون فقرة ثانية في المادة ١١٢ ، وحذف النص فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا كلمة « بالتخصيص » الواردة في الفقرة الثانية فقد أضافتها لجنة مجلس الشيوخ . وأصبح رقم المادة ٨٤ في المشروع قهقري . وولف -

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢ - ١٦/٤ - ١٨^(١)

« مجلس النواب على النص ، تحت رقم ٨٤ . في لجنة مجلس الشيوخ تقدم اقتراح من بعض مستشاري محكمة النقض يرى إلى إضافة العبارة الآتية إلى آخر الفقرة الثانية : « على أنه لا يسوغ الحجز عليه منفرداً عن العقار المخصص له » ، تمثيلاً مع المادة ٤ من التقنين المدني السابق . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح « لأن التنازع بفكرة العقار بالتخصيص لا يستقيم مع قصر نطاق آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج دون طائفة أخرى ، وفتايج التخصيص قد تظهر في البيع والقسم والوصية ، ولذلك أثمرت اللجنة أن تبقى النص على حاله حتى يكون نطاق هذه النتائج أشمل من نطاقها الحالي » . ومن ثم وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص دون الإضافة المقترحة ، وأصبح رقمه ٨٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٩) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٦/٢ : الأموال الثابتة هي الحائزة لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقها أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يمتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال .

م ١٧/٣ : ما عدا ذلك من الأموال بعد متقولا . والتعبير في القانون بلفظ أمتعة وأشياء منقولة وأموال منقولة يشمل بلا فرق جميع المنقولات .

م ١٨/٤ : إلا أن آلات الزراعة والمأشاة اللازمة لها ، متى كانت ملأاً لمصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتا إذا كانت ملكاً لملك تلك المعامل ، تعتبر أموالاً ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به .

وفي المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بيان واف لما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على نصوص التقنين المدني السابق ، إذ تقول : « قسمت المادة .. الأشياء التي يصح أن تكون محل حقوق مالية إلى أشياء ثابتة (أو عقارات) وأشياء منقولة .. ولم تعرض لتقسيم الأموال من هذه الناحية ، فحفظت العبارة الأخيرة من المادة ١٦/٢ من التقنين الحالي (السابق) التي نصت على الحقوق العينية المتعلقة بالأموال العقارية ، إذ أن هذه الحقوق تعتبر أموالاً لا أشياء ، وقد نص عليها المشروع في المادة التالية . وعرف للنص العقار بأنه كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف ، وينطبق ذلك على كل شيء حائز لصفة الاستقرار سواء أكان ذلك من أصل خلقه أم بصنع صانع . ولما كان الحكم واحداً في كلتا الحالتين ، فقد رؤى حذف هذه العبارة ... وقد استثنى المشروع حقوق الملكية الواقعة على المنقولات التي يضمنها المالك في عقار يملكه رسداً على خدمة العقار أو استغلاله ، فاحجزها أموالاً عقارية ، وهي المعروفة في الفقه بأنها العقارات بالتخصيص . وقد توسع المشروع فيها فلم يقصرها ، كما فعل التقنين الحالي (السابق) ، على الآلات اللازمة لأي ضرورية لزراعة والصناعة (م ١٨/٤) ، بل نص عليها في صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضمنه مالكه في عقار يملكه له ، ويخصصه إما لخدمة العقار كالتماثيل التي توضع على قواعد صنية ، وإما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمطابخ المخصصة لاستغلال المحال التجارية الخ . ولا يشترط أن يكون للمنقول لازماً أي ضرورياً لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال »

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٤ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢ ، وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢ - ٦٣ ، وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١ - ٣ (١) .

٥ - فصل التفرقة بين العقار والمنقول : ويؤخذ من النص سالف الذكر أن فصل التفرقة بين العقار والمنقول يرجع إلى طبيعة الأشياء . فالعقار

= ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك ... ولم ير المشروع أن يجعل أثر إلحاق صفة العقار بالتخصيص قاصراً على عدم جواز الحجز على المنقول الذى تلحق به هذه الصفة ، حتى يكون الحكم أكثر مرونة وأوسع نطاقاً (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤ (مطابق) - وانظر أيضاً م ٨٦ .

التقنين المدني الليبي م ٨٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٢ : ١ - العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ، فيشمل الأرض والبناء والأفراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية . ٢ - والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود والمروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة .

م ٦٣ : يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضمه مالكه في عقار يملكه له ، رصداً على خدمة هذا العقار واستغلاله . (وأحكام التقنين العراقي تطابق أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١ : المقارات على ثلاث فئات ، المقارات بطبيعتها ، والمقارات بتخصيصها ، والمقارات غير المادية .

م ٢ : المقارات بطبيعتها هي الأشياء المادية التي يكون لها ، بالنظر إلى جوهرها ، موقع ثابت غير متقل ، كالأراضي والمناجم والنباتات المتأصلة في الأرض (مادامت لا صفة بها) والأبنية - ولا يقصد بلفظ « أبنية » المباني فقط (كبيوت السكن) والمخازن والمصانع والناوير والأهرام إلخ .. بل المنشآت الفنية أيضاً على أنواعها كالجسور والآبار والأفران والسدود ، والخزانات ، والأنفاق إلخ ... وبصورة أعم كل ما جمع من مواد البناء ، فسد بعضه إلى بعض بصورة ثابتة ، سواء كان ذلك على ظاهر الأرض أو في باطنها - وبجميع الأجهزة والقطع إلخ .. لللاصقة بالبناء والمدة لإتمامه ، كالشرفات والبلكونات والمزاريب وحراب الصداق وقساطل جر المياه ، تعتبر عقارات بطبيعتها .

م ٣ : المقارات بتخصيصها هي أشياء تعتبر بذاتها منقولات ، إنما هي من منتهات عقار بطبيعتها ، بشرط : (١) أن تكون والمقار بطبيعتها ملك واحد . (٢) أن تكون مخصصة لاستئجار العقار أو بوجه أعم لخدمة العقار التي تكون هذه الأشياء من منتهاته .

(انظر أيضاً المواد ٥ - ٩ في المقارات الملك والمقارات الأميرية والمقارات المتروكة المرفقة والمشاريع المتروكة المحمية والمقارات الخالية المباحة) .

(وأحكام القانون اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام القانون المصري) .

هو الشيء الثابت المستقر بحيزه . بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا إذا هدم أو اقتلع . ومن ثم لا يمكن نقله دون تلف والأرض هي خير مثل للعقار لأنها ثابتة مستقرة بحيزها . وإذا جاز نقل أجزاء منها فإنما يكون ذلك بصحبة سطحها وانزاع بعض الأتربة أو الصخور . وكذلك البناء عقار لأنه ثابت مستقر بحيزه . ولا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا بهدمه أو بهدم أجزاء منه . والأشجار والغراس عقار . ولا يمكن نقلها إلا باقتلاعها من الأرض التي هي مغروسة فيها^(١) .

ولم يعرف التقنين المدني المنقول تعريفاً مباشراً كما فعل في تعريف العقار ، بل اقتصر على أن يقول : « كل ما عدا ذلك (أى ماعدا العقار) من شيء فهو منقول »^(٢) . فالمنقول إذن ، بمفهوم المخالفة ، هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف ، لأنه شيء غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه . وتعرف المادة ٦٢ مدني عراقي^(٣) المنقول بأنه « كل شيء يمكن نقله ونحويله دون تلف ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والمورونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة » . ففصل التفرقة إذن بين العقار والمنقول يرجع كما قلنا إلى طبيعة الشيء ذاته . فإن كان بطبيعته لا يقبل النقل دون تلف فهو عقار ، وإن كان بطبيعته يقبل النقل دون تلف فهو منقول .

على أن هذا الفصل الواضح المستمد من طبيعته الأشياء منراه غير واضح

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يعتبر الشيء ذا منفرد ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف . فالأشياء التي يمكن حملها وإقامتها في مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة ، أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة .. » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد اكتفى المشروع ، كالتقنين الحال (السابق) ، بتعريف الشيء الثابت ، واعتبار كل ما عداه منقولاً . وقد كان في وسعنا أن يعرف كلا من العقار والمنقول تعريفاً مباشراً ... ولكنه خشى أن يقصر كلا التعريفين عن شمول جميع الأشياء ... وكان في الوسع أن يعرف المشروع المنقول تعريفاً مباشراً وأن يترك تعريف العقار يستنبط من طريق غير مباشر ... ولكنه أثر خطة التقنين الحال (السابق) نظراً لما للعقارات من اعتبار خاص لا تزال آثاره باقية في جملة التشريع المصري » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤ في الهامش .

عندما يمتد التقسيم من الأشياء إلى الأموال فيما سيجيء . فالأموال هي الحقوق كما قلنا ، . والحق بطبيعته شيء معنوي لا شيء مادي ، وليس يتصور أن يكون الحق وهو الشيء المعنوي قابلاً للتحرك دون تلف أو غير قابل لذلك ، ومع هذا سيأتى أن الأموال - أى الحقوق - تنقسم هي أيضاً بدورها إلى عقار ومنقول . وهنا نلجأ إلى فصل آخر للفرقة لا نستمد من طبيعة الأشياء بطريق مباشر . بل نستمد من طبيعة الشيء الذى يكون محلاً للحق . وإذا كان فصل الفرقة لا يزال حتى هنا مستمداً من طبيعة الأشياء ولو بطريق غير مباشر . فإنه يفصل تماماً عن طبيعة الأشياء ، بل يناقضها ، في حالتين استثنائيتين : في حالة منهما يعتبر المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص^(١) ، وفي الأخرى على العكس من ذلك يعتبر العقار بطبيعته منقولاً بحسب المال . وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً فيما يلى .

ولم يكن فصل الفرقة المستمد من طبيعة الأشياء بين العقار والمنقول مراعى بدقة في القديم . فقد كان القانون الفرنسى القديم لا يعتبر عقاراً إلا العقارات ذات القيمة التى تتميز بأنها تغل دخلاً كبيراً ولها من الاستقرار والدوام ما يجعلها ذات شأن ، ويتحقق ذلك بوجه خاص في الأرض وفي المباني القائمة في المدن الكبيرة . أما العقارات الأخرى الأقل أهمية ، كبعض المباني الريفية والأشجار التى لا تحمل ثمرأ ، فكانت تعتبر منقولة ويسرى عليها حكم المنقولات ، وبخاصة في الميراث . فلم يكن إذن كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه يعتبر عقاراً ، بل كانت هناك أشياء ثابتة لا يمكن نقلها دون تلف ومع ذلك كانت تعتبر منقولة لتفاهة قيمتها ، إذ كان المنقول في تلك الأزمان حيوئاً لتفاهة القيمة^(٢) . كذلك ، مع الزمن ، وجدت منقولات بطبيعتها ذات قيمة كبيرة ،

(١) ويبدو أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى لم يكن يعتبر العقار بالتخصيص من تقييمات الأشياء ، بل من تقييمات الأموال . فإن الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من هذا المشروع كانت تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يعتبر مالا عقارياً حق الملكية الواقع على المنقول الذى يضمه المالك في عقار يملكه ، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » (انظر آنفاً فقرة ٤ في الهامش) . فبدل هذا النص في لجنة المراجعة على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدنى ، وبعد أن كان العقار بالتخصيص مقصوراً على الأموال امتد فأصبح يشمل الأشياء .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٦٤ ص ٦٨ - ص ٦٩ - بلانيول وريبير وبولانجه

كـبعض الوظائف (offices) والإيرادات المرتبة (rentes constituées) .
فاعتبرت عقاراً نحو طها ضمانات العقار لبلو قيمتها .

٦ - ما يترتب من النتائج على تقسيم الأشياء إلى عقار منقول :
وقبل أن ننقل إلى الكلام تفصيلاً في كل من العقار والمنقول ، نذكر أن هناك
نتائج تترتب على تحديد ما إذا كان الشيء - أو المال أى الحق المترتب على
الشيء - يعتبر عقاراً أو منقولاً . وهذه النتائج كثيرة نكتفى بذكر أهمها ،
ونرجعها إلى أمرين أساسيين :

(الأمر الأول) يرجع إلى طبيعة الأشياء . ذلك أن العقار له مقر ثابت
كما قدمنا ، والمنقول ليس له مقر ثابت بل ينتقل من مكان إلى آخر . وينبني
على هذا الفرق الطبيعي نتائج متعددة ، نذكر منها ما يأتي :

١ - يمكن تنظيم إجراءات التسجيل والقيود بالنسبة إلى العقار لأن له مقراً
ثابتاً ، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى المنقول فليس له مقر ثابت . ومن ثم تسرى
قواعد التسجيل والقيود على العقار ، أما المنقول فتسرى عليه قواعد الحيابة
لأنه لا يحتويه مكان ثابت ولا ينضبط التعامل في شأنه إلا بالحيابة . على أن
هناك منقولات بلغت من الضخامة والأهمية ما يمكن معه تحديد مكان ثابت
لها حتى إذا انتقلت ، كالسفن والمراكب النهرية والطائرات والسيارات
والمناجر ، فهذه تخضع لنوع من الشهر يضاف إلى التسجيل والقيود في العقارات ،
إذ أن لها من ميزة التعيين الذاتي ما للعقار .

٢ - دعاوى الحيابة تحمي العقار دون المنقول ، وذلك بفضل ما للعقار
من مقر ثابت .

٣ - هناك حقوق لا يمكن أن تقع إلا على عقار بفضل مقره الثابت ،
من ذلك حق الرهن الرسمي وحقوق الاختصاص وحقوق الارتفاق وحقوق السكنى
وحقوق الحكم .

٤ - الشفعة بسبب الحوار تنترض أن كلا من المشفوع فيه والمشفوع
به ملاصق للآخر ، وهذا لا يكون إلا في العقار بفضل مقره الثابت .

٥ - الوقف - ولا يورثه - إلا الوقف الحبرى - مؤبد فيقتضى

أن يكون للشيء الموقوف استقرار وثبات . ومن ثم يجوز وقف العقار إطلاقاً ، ولا يجوز وقف للمنقول إلا إذا تعرف وقفه كالكتب .

٦ - في القانون التجارى ، لا تعتبر بوجه عام أعمالاً تجارية إلا الأعمال المتعلقة بالمنقولات ، أما الأعمال المتعلقة بالعقارات فلها لا تعتبر أعمالاً تجارية . ويقال عادة في تبرير ذلك إن الأعمال التجارية تقتضى سرعة تداول المال وتبسيط الإجراءات ، وهذا ما تستجيب له طبيعته المنقول إذ الحركة من خصائصه ، وما تستعصى عليه طبيعة العقار الثابت المستقر . ولكن هذا التبرير أخذ في الوقت الحاضر يفقد كثيراً من وزنه ، وهناك ميل واضح في الفقه للتجارى إلى إدخال أعمال تتعلق بالعقار ضمن الأعمال التجارية .

٧ - في قانون المرافعات ، تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي المحكمة التى يوجد فى دائرتها العقار ، لأن للعقار مقراً ثابتاً يتيسر معه تحديد المحكمة المختصة على هذا الوجه . أما المنقول فليس له مقر ثابت ، فيتعذر أن تكون المحكمة المختصة فى شأنه المحكمة التى يوجد فى دائرتها المنقول ، ولم يبق إلا أن تكون المحكمة التى يوجد فى دائرتها موطن المدعى عليه .

٨ - فى القانون الدولى الخاص ، القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى العقار واحد لا يتغير ، إذ هو قانون موقعه (*lex rei sitae*) وموقع العقار ثابت فى مكان واحد . أما بالنسبة إلى المنقول فإن القانون الواجب التطبيق يتغير بتغير الجهة التى يوجد فيها المنقول ، وقد نصت المادة ١٨ ملقى على أنه : .. يسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها .

(والأمر الثانى) يرجع إلى فكرة قديمة عن المنقول لم تعد صحيحة فى الوقت الحاضر ، ولكنها خلفت آثاراً لا تزال قائمة إلى اليوم . فقد كان المنقول فى القديم يعتبر شيئاً تافه القيمة بالنسبة إلى العقار ، فالعقار وحده هو الشيء النفيس ، أما المنقول فهو الشيء الخسيس (*Res mobilis, res vilis*) . وقد كان ذلك صحيحاً فى وقت كانت فيه الأرض هى دعامة الثروة ، ولم تكن الصناعة أو التجارة قد بلغت

تقدما محسوسا . أما اليوم ، مع وصول الصناعة والتجارة إلى الذروة من التقدم في كثير من البلاد المتقدمة اقتصاديا ، ومع نهضتها المشهودة حتى في البلاد التي بدأت تعالج ما يحيط بها من تخلف اقتصادي ، لم يعد الأمر صحيحا . فهناك منقولات كبيرة القيمة ، بل وتزيد في قيمتها على العقارات ، من ذلك الأسهم والسندات والأوراق التجارية والأوراق المالية بوجه عام والمتاجر . ولم تتطور القوانين بالسرعة التي تطورت بها الحياة الاقتصادية ، وقد تخلف عما كان يحيط العقار في الماضي من جلال والمنقول من مهانة آثار نذكر منها ما يأتي :

١ - الولاية على مال الصغير تضيق في العقار عما هي في المنقول . فلا يجوز للولي مثلا أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (م ٦ قانون الولاية على المال) ، أما المنقولات فيجوز له أن يتصرف فيها بما يدخل في أعمال الإدارة (م ٣٩ ثانيا قانون الولاية على المال) . ولا يجوز للأب أن يتصرف في عقار ابنه القاصر إذا زادت قيمته على ثلثائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، وهنا أضاف القانون إلى العقار تمشيا مع التطور الاقتصادي الحديث المتجر والأوراق المالية فنصت المادة ٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثائة جنيه إلا بإذن المحكمة » .

٢ - دعوى نكالة الثمن بسبب الغبن الفاحش لا تكون إلا في بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، أما إذا كان المبيع منقولا فلا يعتد بالغبن حتى لو كان فاحشا (م ٤٢٥ مدني) .

٣ - إذا كان الحائز حسن النية ولديه سبب صحيح ، فإنه يمتلك المنقول بمجرد الحيازة ، ولا يمتلك العقار إلا بحيازة تلوم خمس سنوات .

٤ - لا تجوز الشفعة إلا في العقار ، سواء كانت بسبب الحوار أو بسبب الشبوع . أما في المنقول فلا تجوز الشفعة ، ويحل محلها استرداد الحصة الشريفة في الشبوع .

٥ - في تصفية الشركة إذا وجب بيع أموالها لئلا تدان ديونها ، يباع المنقول أولا ، فإذا لم يكف بيع العقار (م ٨٩٣ مدني) . كذلك في بيع مال المفلس

يبيع السنديك المنقول دون حاجة إلى إذن ، ولا يبيع العقار إلا بعد إذن القاضى .
٦ - فى قانون المرافعات ، الحجز على العقار تحوطه ضمانات أكثر من الضمانات التى تحوط الحجز على المنقول ، والحجز العقارى أكثر تعقيداً وأطول إجراءات من حجز المنقول .

٧ - فى القانون الدولى الخاص ، من حيث حقوق الأجانب ، كثيراً ما يمنع القانون الأجانب من تملك العقارات دون المنقولات ، وبخاصة كثيراً ما يمنع القانون الأجانب من تملك الأراضى الزراعية كما هو الأمر فى مصر .
ونتكلم الآن بالتفصيل فى العقار ، ثم فى المنقول .

المبحث الأول

العقار

٧ - العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص : يعرف التقنين الملى المصرى نوعين من العقار : العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص .
والأصل هو العقار بطبيعته . أما العقار بالتخصيص فهو فى حقيقته منقول بطبيعته ، ولكنه الحق بعقار معين رسداً كما قلنا على خدمة هذا العقار أو استغلاله ، فهو عقار لا بمادته وطبيعته ولكن بالتبعية والتخصيص .

المطلب الأول

العقار بطبيعته

(Immeuble par nature)

٨ - أنواع العقار بطبيعته : قلنا أن العقار بطبيعته هو الأصل فى العقار ، فهو إذن كل شىء مستقر بجذره ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف . وأول ما يصدق ذلك على الأرض ، وإذا كان العقار بطبيعته هو الأصل فى العقار فالأصل فى العقار بطبيعته هو الأرض ، فهى التى لا يمكن نقلها من مكان إلى مكان مع الاحتفاظ بذاتيتها . يمكن نقل أجزاء من الأرض ، بأن تقطع بعض جذورها أو تحفر بعض أتربتها ، ولكن هذه الصخور والأتربة التى انتقلت من مكان إلى آخر ليست هى الأرض ذاتها ،

بل هي كانت أجزاء من الأرض وقد فقدت ذاتيتها وتحولت إلى منقول منذ انتزعت من الأرض ونقلت إلى مكان آخر ، وبقى الأرض بعد كل ذلك وبعد أن تنتزع منها بعض أجزائها ثابتة في مكانها لا تتحول .

فالأرض إذن هي الأصل في كل عقار بطبيعته . ثم قد تثبت الأرض ثمراً أو تغرس فيها أشجار ، فهذا النبات الذي اندمج في الأرض وأصبح جزءاً منها هو أيضاً عقار بطبيعته مادام ثابتاً في الأرض : أما إذا اقتلع منها فإنه يصبح منقولا . وقد تقام منشآت فوق سطح الأرض أو في باطنها ، فهذه المنشآت تتصل بالأرض اتصال ثبات وقرار وقد اندمجت فيها ، ولا يمكن نقلها من مكانها إلى مكان آخر إلا إذا هدمت ، أي أنه لا يمكن نقلها دون تلف ، فهي أيضاً عقار بطبيعته .

فالعقار بطبيعته أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت .

٩ - الأرض : أي أرض ، سواء كانت أرضاً زراعية أو أرضاً فضاء ، وسواء كانت في المدن أو في الريف ، وسواء كانت أرضاً حجرية أو جيرية أو رملية ، هي عقار بطبيعته ، إذ أن لها مكاناً ثابتاً لا تتحول عنه على الوجه الذي أسلفناه . وتشمل الأرض (fonds) سطحها (surface) دون ما يقام فوق السطح (superficie) من مباني ومنشآت أو يثبت من زرع أو يغرس من شجر ، وكذلك تشمل باطنها (tréfond) بغناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك .

فالمناجم والمحاجر هي إذن جزء من الأرض ، ومن ثم تعتبر عقاراً بطبيعته . فإذا استخرجت المعادن من المناجم ، كالحديد والنحاس والفحم والذهب والنفط ، أو اقتلعت الأحجار من المحاجر ، فإن هذه وتلك تصبح منقولا كما سبق القول . وكان القضاء في مصر يقضي ، قبل صدور القانون الخاص بالمناجم والمحاجر ، بأن المناجم (mines, minières) والمحاجر (carrières) تعتبر عقارات بطبيعتها ، وذهب الفقه تبعاً لذلك إلى أن لصاحب المنجم أن يبيعه أو يرهنه مستقلاً عن سطح الأرض^(١) . ثم صدر في أول أغسطس

(١) استئناف مخطط ١٤ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٢٦١ - مالتون ١ ص ١٨ -

محمد كامل مرسي ١ فقرة ٣١ من ٤٢ .

سنة ١٩٤٨ القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ وهو أول تشريع خاص بالمناجم والمهاجر ، فأكد هذه الأحكام ، إذ نصت المادة ١٤ منه على أن « تعتبر المناجم أموالاً ثابتة ، وكذلك تعتبر من الأموال الثابتة الآلات والآبار والمغارات ووسائل النقل والبحر وغيرها المخصصة لاستغلال المناجم . على أن المعادن المستخرجة من المناجم تعتبر من المنقولات »^(١) . ثم صدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، وهو آخر تشريع خاص بالمناجم والمهاجر ، وقد فصل بين ملكية سطح الأرض ، وبين ملكية ما يوجد في باطنها من المواد المعدنية وخامات المهاجر فجعلها ملكاً للدولة ولو كانت في أرض مملوكة للأفراد . إذ نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم في الأراضي المصرية والمياه الإقليمية . وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المهاجر عدا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرملية والرمال - التي توجد في المهاجر التي تثبت ملكيتها للغير » . ولكن هذا القانون منح بعض المزايا للمالك السطح ، إذا هو أراد استغلال المواد المعدنية أو خامات المهاجر الموجودة في باطن أرضه . فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعني مالك السطح الذي يبلغ عن وجود خامات معدنية في أرضه من قبل اسمه في سجل الكاشفين المشار إليه في المادة ٧ . ويكون له حق الأولوية على الغير في البحث والاستغلال متى طلب ذلك ، ويمنح ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايدة . ويعنى في حالة البحث أو الاستغلال من الإيجار المنصوص عليه في المادتين ١١ و ٢١ إذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه ... وفي حالة الترخيص في الاستغلال للغير يكون للمالك السطح الحق في الحصول على نصف الإيجار من مصلحة المناجم والمهاجر » . وفيما يتعلق بالمزايا الممنوحة للمالك السطح إذا أراد استغلال خامات المهاجر ، نصت المادة ٣٢ من نفس القانون على أنه « يجوز لمصلحة المناجم والمهاجر أن ترخص للمالك الأرض الموجود بها مواد البناء أن يستخرج هذه المواد بقصد استعماله الخاص دون استغلالها ، مع إعفائه من الإيجار والإتاوة . ويكون للمالك الأولوية على الغير في الحصول على الترخيص في الاستغلال عن الأرض

(١) وتعتبر آلات النقل والبحر ووسائله المخصصة لاستغلال المناجم عقاراً بالتخصيص لا عقاراً بطبيعته ، وتعتبر المهاجر عقارات بطبيعتها وإذا كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ لم ينع صراحة على ذلك كما فعل بالنسبة إلى المناجم (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢١ ص ٢٤) .

للملكة له ، وفي هذه الحالة يعني من الإيجار دون الإتاوة . ويسقط حقه ..
وفي هذه الحالة يكون لصاحب الأرض الحق في الحصول على نصف الإيجار
من مصلحة المناجم والمهاجر . . وسنورد هذه المسائل تفصيلا عند الكلام في
للمناجم والمهاجر .

أما الكنوز المدفونة أو المخبوءة في باطن الأرض فهي منقولات بطبيعتها
مدفونة أو مخبوءة ، فليست هي إذن جزءاً من الأرض حتى تكون عقاراً .
وقد نصت المادة ٨٧٢ مدني على أن ١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع
أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك
رقبته . ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف
ولورثته . والآثار تكون عقاراً بطبيعتها إذا كانت بناء مثبتاً في الأرض
(م ٣٥٢ و ٥ و ٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار) ، وتعتبر
آثاراً عقارية الآثار المنقولة المثبتة في الأرض أو التي يصعب نقلها (م ٥
من قانون الآثار) .

١٠ - النبات : وكل ما تنبت الأرض من ثمار ومحصول وزرع ، وكل
ما يفرس فيها من أشجار ونخيل ، يكون عقاراً بطبيعته مادامت جنوره ممتدة
في باطن الأرض .

فما يفرس من شجر ونخيل يكون عقاراً بطبيعته لاتصاله في الأرض .
حتى لو كان الشجر من أشجار المشاتل (arbres des pépinières) التي تفرس
في الأرض مؤقتاً ثم تنزع منها بعد وقت قصير لتنتقل إلى أرض أخرى .
فمادامت المشاتل مستقرة في الأرض لم تنزع ، في المدة القصيرة التي يراد لها
فيها أن تبقى ، فإنها تحتفظ بصفاتها العقارية إلى أن تنزع فعندئذ تصبح منقولة .
وقد تنتقل أشجار المشاتل من أرض إلى أخرى لتتقوى وتتغذى تغذية كاملة
قبل بيعها ، فتكون عقاراً بطبيعتها حتى بعد نقلها إلى الأرض الأخرى ،
وذلك إلى أن تنزع نهائياً من الأرض عند البيع (١) . ولكن النباتات التي توضع
في الأوعية والقصاري تكون منقولة لأن جنورها لا تمتد إلى باطن الأرض
بل تبقى محتواة في الأوعية والقصاري ، حتى لو كانت هذه الأوعية والقصاري

(١) بودري وشوثر فقرة ٤٧ ص ٤٢ - أوبري ورو : فقرة ١٦٤ ص ١٦ - جيلانيول

وربيير وبيكار ٣ فقرة ٧٢ ص ٧٦ .

مدفونة في الأرض^(١) . وكذلك تعتبر منقولا النباتات التي توضع مؤقتا في الأرض حتى لا تجف ، انتظارا لبيعها أو لنقلها إلى مكان آخر لغرسها ، فإن هذه النباتات لا تمتد جنورها إلى باطن الأرض ولا تندمج فيها ، والأرض إنما تغذيها لا تغذيها^(٢) .

وكل الثمار والمحصولات والمزروعات التي تنبت مباشرة في الأرض وتمتد جنورها فيها تعتبر عقارا بطبيعته لاندماجها في الأرض ، وكذلك تعتبر عقارا بطبيعته الفاكهة والأثمار التي تنبت الأشجار والنخيل المغروسة في الأرض والتي هي بلورها عقار بطبيعته كما سبق القول . فإذا ما جنيت المحصولات وقطعت الثمار والفاكهة ، فإنها تصبح منقولا حتى لو بقيت في الأرض دون أن تنقل^(٣) .

وكل هذا النبات بأنواعه المختلفة ، من أشجار ونخيل وثمار ومحصولات وفاكهة وما إلى ذلك ، إنما يكون عقارا بفضل اندماجه في الأرض ، فالأرض هي التي تغذيه وهي التي تضي عليه صفة العقار (Fructus pendantes pas funde esse venduntur) .

فإذا زال اندماجه بالأرض ، بأن قطع أو فصل ، زالت عنه صفة العقار . ويستوى أن يكون الذي غرس النبات هو مالك الأرض أو المستأجر أو للغير ، ويستوى كذلك أن يكون قطع النبات أو فصله قد وقع بفعل فاعل

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢ ص ٧٦ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٤ ص ٤٤ - كذلك لا تعتبر عقارا بالتخصيص حتى لو كان مالك الأرض هو الذي وضعها ، لأنها ليست مخصصة لخدمة الأرض أو استغلالها (بودرى وشوفر فقرة ٨٧ ص ٨٠ هامش ٣ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤) .

(٢) دبرانتون ٤ فقرة ٤٤ - ديمواوب ٩ فقرة ١٤٧ - أوبرى ورو : ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٦ - بودرى وشوفر فقرة ٤٧ ص ٤٢ .

(٣) وتنص المادة ٢٠ مدني فرنسي في هذا المعنى على أن المحصولات القائمة على جنورها وثمار الأشجار التي لم تقطف بعد تكون هي أيضاً عقاراً ، وبمجرد أن تقطع الحبوب وتفصل الثمار فإنها تصبح منقولا حتى لو لم تنقل من الأرض . وإذا لم ينزع إلا جزء من المحصولات ، فإن هذا الجزء وحده هو الذي يصبح منقولا . وتنص المادة ٢١ مدني فرنسي على أن الأخشاب التي تقطع عادة من الأشجار المشذبة (المقلنة) أو من الأحراش التي أعدت لقطع لا تصبح منقولا إلا بقطعها واحدة بعد الأخرى .

سواء كان المالك أو غيره ، أو وقع بغير صنع الإنسان كما إذا أوقعته المواشي أو الهواء أو وقع من تلقاء نفسه بسبب نضجه^(١). ولا عبرة بقيمة النبات ، فالأحكام سالفة الذكر تنطبق على الأشجار الكبيرة والنخيل كما تنطبق على الأشجار الصغيرة وأقل المحصولات قيمة وأصغرها شأنًا^(٢).

١١ - المباني والمنشآت : والمباني والمنشآت هي أيضاً عقار بطبيعته

لاندماجها في الأرض ، والاندماج (incorporation) هو الذى يضاف عليها صفة العقار ، فالأرض إذن هي مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت كما هي مصدر هذه الصفة للنبات . وتختلف المباني والمنشآت عن النبات في أن الأولى إنما تندمج في الأرض بفعل الإنسان ، فلا بد من تشييدها بصنع صانع . أما النبات فاندماجه في الأرض يضاف فيه إلى فعل الإنسان فعل الطبيعة ، فإذا وضعت البذور في الأرض أو غرست الأشجار بفعل الإنسان قامت الطبيعة بعد ذلك بدورها في إنبات البذور وفي تنمية الأشجار . ذلك بأن النبات كائن حي ينمو ويتزعرع ، بخلاف المباني والمنشآت فهي جماد لا حياة فيها . والمباني والمنشآت قبل تشييدها في الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته . فكانت منقولة^(٣) . فهي كليات من الطوب والرمل والإسمنت والجير والجبس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء . ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندجمت في الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت^(٤).

(١) چوسران ١ فقرة ١٣٤٨ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ - فقرة ٣٥ .

(٢) چوسران ١ فقرة ١٣٤٨ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٥١٢ .

(٤) فإذا هدم البناء أو تهدم ، فإن الانقراض تصبح منقولة كما كانت قبل أن يشيد البناء أول مرة ، وذلك حتى لو كان المالك قد أراد من الهدم إعادة البناء وأعادها فعلا ، فإن الانقراض تبقى منقولة حتى يعاد بناؤها ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٥٣٢ مدني فرنسي إذ تقول : « الانقراض الناتجة من هدم أحد الأبنية ، والمواد المتجمعة لتشييد بناء جديد ، تكون منقولة إلى أن يستخدمها العامل في تشييد البناء » . (أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٣ - بودريه وشولر فقرة ٤٢ وفقرة ١٢٢ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٣) . حل أنه إذا انتزع باب مثلا من البناء لإصلاحه وإعادة فور إصلاحه ، فإن الباب في مدة انفصاله انترقت عن البناء يبقى عقارا -

ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والمخازن والمحالج والمخارجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التي تشيد عادة فوق سطح الأرض . ويشمل ذلك أيضاً الجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر وغير ذلك من الأعمال الهندسية اللازمة للرى ولغيره من الأغراض . وليس من الضروري أن تكون المنشآت مشيدة فوق سطح الأرض ، بل يصح أن تكون مشيدة في باطنها . فتعتبر منشآت ، ومن ثم تكون عقارا بطبيعته ، الأنفاق والمخارى والآبار التي تحفر لاستغلال المناجم والمواسير والأنابيب المدفونة في باطن الأرض . فالمنشآت إذن هي مجموعة من مواد البناء شيدت على سبيل القرار فاندجت في الأرض ، سواء أقيمت فوق سطح الأرض أو أقيمت في باطنها .

واندماج المباني والمنشآت في الأرض هو الشرط الضروري لإضفاء صفة العقار عليها ، وهو في الوقت ذاته شرط كاف . فلا يشترط إذن أن يكون من شيد المنشآت هو مالك الأرض نفسه ، فقد يكون صاحب حق انتفاع أو مستأجراً أو دائناً مرتهناً أو حائزاً بحسن نية أو بسوء نية أو مغتصباً أو غير ذلك . وأياً كان من شيد المنشآت ، المالك أو غيره ، فإن المنشآت بمجرد تشيدها واندماجها في الأرض تصبح عقارا بطبيعتها^(١) . كذلك لا يشترط أن تكون المنشآت مشيدة على سبيل الدوام (*à perpétuelle demeure*) ، فقد تكون منشآت مؤقتة ومع ذلك تصبح عقارا متى اندجت في الأرض

= (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٧ هامش ١٩ - محمد علي عرفة فقرة ٤٨ - حسن كبيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ - عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٣٩ ص ٥٤) . وهناك رأى يذهب إلى أن الباب ، إذا انتزع من مكانه لإصلاحه ، يعتبر منقولاً ملحقاً بالبناء ، فتسرى عليه القاعدة التي تقضى بأن الفرع يتبع الأصل (إسماعيل غانم في النظرية العامة لتحق ص ٩٢) .

(١) استئناف تملط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٩ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٥٢ - مصر المختلطة أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ٢٣١ ص ١٥٤ - نقض فرنسي ٢٦ يولييه سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٧٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٢ - بودرى وشوفو فقرة ٢٧ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣ ص ٧٦ - چوسران ١ فقرة ١٣٤٨ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧ ص ٤٦ - حسن كبيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ . وإذا شيد المنشآت غير المالك ، فإن هذا يثير مسألة أخرى غير مسألة طبيعة المنشآت وأنها عقار ، وهذه المسألة هي من يملك هذه المنشآت ، وستكون موضع البحث عند الكلام في الالتصاق كسبب لكسب الملكية

على سبيل القرار (à demeure) . ففي المعارض تقام عادة منشآت مؤقتة من مبان وحوانيت وأعمال هندسية أخرى ، وقد لا يدوم المعرض أكثر من بضعة شهور أو بضعة أسابيع ثم تهدم كل هذه المنشآت وقد شيدت على أن تكون مؤقتة لا تلوم إلا بدوام المعرض ، ومع ذلك تعتبر مادامت قائمة عقارا بطبيعته ، حتى إذا انتهى المعرض وهدمت فإن الانقراض تصبح منقولا (١) . على أنه يشترط كما قدمنا ، لتكون المنشآت عقارا ، أن تكون مشيدة على سبيل القرار ، فيكون لها أساس ثابت في الأرض حتى تكون مندمجة فيها (٢) . ومن ثم تكون أكشاك الاستحمام (cabines de mer) وهي مقامة من خشب دون أن يكون لها أساس ثابت في الأرض ويمكن نقلها من مكان إلى مكان آخر دون تلف ، منقولا لا عقارا (٣) . كذلك يعتبر منقولا المنشآت المتنقلة (constructions volantes) فوق سطح الأرض تبقى مدة قصيرة ثم تنتقل إلى مكان آخر ، وتشد عادة إلى الأرض بحبال حتى تقاوم هبوب الريح ، وذلك مثل أكشاك الأسواق والمعارض (baraqués de foire) وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة وخيمة السرك المتنقل والأكشاك الخشبية التي تقام في الأعياد والموائد إذا لم تثبت في الأرض (٤) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٧ ص ٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٧٢ ص ٧٦ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٦٣٨ - كولان وكايتان ودى لاموراندوير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٢٧ - وقد يحصل شخص على رخصة مؤقتة بالبناء في ملك عام ، فالبناء الذي يقام يعتبر عقاراً بطبيعته وإن كان مؤقتاً بالرخصة ومصريه حتماً الهدم (نقض فرنسي ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ٥٢٥) . كذلك يعتبر عقاراً البناء الذي يقيم المستأجر في المبنى المؤجرة ، وإن كان مصريه الهدم بعد انتهاء مدة الإيجار (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦ ص ٩٣ - نقض فرنسي ١٣ فبراير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٢٣٦ - حسن كبيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ - سليمان مرقس : في المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٦) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يعتبر الشيء ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف ، فالأكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة ، أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦) .

(٣) المنصورة الجزئية المختلطة ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧ ص ٤٥ - ٤٦ - عكس ذلك استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٥٥ . (٤) نقض فرنسي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٥٣٧ - بودرى وشوفو فقرة ٢٦ ص ٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢ . بلانيول وريبير وبولانجه ١ -

وأجزاء البناء المكحلة له فلا يكون البناء كاملاً بدونها ، إذا اندمجت فيه اندماجاً ثابتاً لا يزول إلا بالفاك أو بالهدم ، تكون كالبناء عقاراً بطبيعته ، حتى لو أمكن فكها وفصلها عن البناء دون تلف . فالأبواب والشبابيك والأقفال^(١) . والمبازيب والبلكونات والشرفات والمصاعد والأسواق الحديدية أو الخشبية أو المبنية بالطوب والبلاط وخشبية الغرف (كالباركيه) والأدوات الصحية من أحواض وحنفيات ودوشات وأجهزة التواليت ومخانات المياه المثبتة والأفران المثبتة وما إلى ذلك ، كل هذا يعتبر عقاراً بطبيعته لأنه مثبت في البناء على سبيل القرار ومكمل له ، وإن أمكن في كثير من الأحوال نقله دون تلف^(٢) . كذلك يعتبر عقاراً بطبيعته أنابيب المياه والغاز والكهرباء ، والمواسير المدفونة في باطن الأرض حتى لو بعدت عن البناء بمسافة طويلة

= فقرة ٢٦٣٨ - كولان وكابيتان ودي لامور انديير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٧ - أنيكلوبيدي دالوز لفظ Biens فقرة ٣٣ - شفيق شحاته فقرة ٤٤ ص ٥٨ - حسن كبيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٩٢ .

ويبدو أن مسرحة مثبته في الأرض كسرح «البالون» يعتبر عقاراً لأنه قائم على سبيل القرار ، وإن أمكن فكها ونقله إلى مكان آخر .

(١) أما المفاتيح فإنها منفصلة عن البناء وعن الأقفال ، ولذلك تعتبر عقاراً بالتخصيص لا بطبيعتها ، شأنها في ذلك شأن مضخات الحريق مثلاً . انظر في اعتبارها عقاراً بطبيعتها لأنها تكتله ضرورة للأقفال : أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٨ - ديمولومب ٩ فقرة ٢٩١ - لوران ٥ فقرة ٤٠٤ - بودري وشوفو فقرة ٩٣ ص ٨٥ - شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٠ - حسن كبيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ وهامش ١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٦٣ ص ٧٢ - انظر في اعتبارها عقاراً بالتخصيص : بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٨٨ ص ٩٩ - بلانيول ، ريبيير وبولانجييه ١ فقرة ٢٦٥٧ - أسيكاوبيدي دالوز ١ لفظ Biens فقرة ٢٨٩ - محمد علي عرفة فقرة ٤٧ ص ٧٥ - نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٨٧٨ صيريه ٧٨ - ١ - ٣٥٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤ ص ٧٧ - ولو اعتبرت هذه الأشياء عقاراً بالتخصيص لا عقاراً بطبيعتها ، لوجب أن يكتن من يضمها هو نفس المالك كما سترى عند الكلام في المقار بالتخصيص . ولكنها لما كانت عقاراً بطبيعتها كما قدمنا فإنه يستوي أن يضمها المالك أو غيره المالك ، فإذا كسا المتأجر خشية بعض الغرف بالباركيه أو أقام سوراً أو ثبت حوضاً للفيل ، لم يمنع من أن يكون هذا عقاراً بطبيعته أن أقامه غير المالك (بودري وشوفو فقرة ٩٤ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٦٣ ص ٧٢ - محمد علي عرفة فقرة ٤٥) .

وحتى لو عدت عقارا مستقلا عن البناء^(١) ، فيستوى إذن أن يضع هذه الأشياء المالك أو غير المالك^(٢) .

ويعتبر عقارا بطبيعته الطواحين ، سواء كانت تدار بالهواء أو بالماء ، مادامت مثبتة أو قائمة على دعائم مثبتة ، فقد اندمجت في الأرض فأضفت الأرض عليها صفة العقار^(٣) . وتعتبر آلات الري عقارا بطبيعته إذا ثبتت في الأرض بحيث لا يمكن فصلها عنها إلا إذا فككت جميع أجزائها ، فإن اندماجها في الأرض على هذا النحو يكسبها صفة العقار بطبيعته^(٤) . أما إذا لم تثبت

(١) والأنايب المدفونة في الأرض إذا كانت تابعة لمبنى ، فإنها تعتبر جزءاً من هذا المبنى ولا تعتبر عقاراً مستقلاً ، أما إذا كانت مملوكة لمالك آخر غير مالك المبنى فإنها تعتبر عقاراً مستقلاً عن المبنى . أما أنايب الغاز المدفونة تحت سطح الطريق العام فلا تعتبر عقاراً مستقلاً ولا عقاراً تابعاً للطريق العام ، ولكنها جزء لا يتجزأ من المصنع الذي ينتج الغاز مهما بعدت عن هذا المصنع (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٨ - أنيكلويدي دالوز ١ لفظ **Biens** فقرة ٦١ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ هامش ٥ مكرر - نقض فرنسي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٢٩) .

(٢) بودرى وشوئو فقرة ٥٤ - ديمواوب ٩ فقرة ١٤٩ - لوران ٥ فقرة ٤٠٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٦٣ - بلانيه ل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٣٩ - كولان كابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٢ - نقض فرنسي ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٦ - ٥٦ .

(٣) انظر المادة ٥١٩ مدني فرنسي - وانظر في تفصيل ذلك في القانون الفرنسي بودرى وشوئو فقرة ٤٤ .

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٢ ص ٤٩ - أما القضاء في مصر فضطرب في هذه المسألة ، فهناك أحكام قضت بأن ملكية الذي ، ثبتت في الأرض أو لم تثبت ، تعتبر عقاراً بالتخصيص ، فيجب إذن أن يكون المالك هو الذي أقامها في أرضه (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩-١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩-٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٤-١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨-٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٩-٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١١ : حتى لو كانت تسق أرضاً مجاورة - سولاج استئناف ٢٥ مايو سنة ١٩٤١ الهامة ٢١ رقم ٤٣٢ ص ١٠٢٩) . وهناك أحكام قضت بأن ملكية الري تعتبر عقاراً بطبيعته إذا ثبتت في الأرض ، وإلا فهي عقار بالتخصيص (استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ١٣٠ ص ١٧٥ . أسبوط استئناف ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ٢٣٣ ص ٥٦٥) . وهناك أحكام ذهبت إلى أن ملكية الري تعتبر منقولا ، لا عقاراً بطبيعتها ولا عقاراً بالتخصيص ، ولو كانت مثبتة بمسامير على قاعدة من الخشب القائم على الإسمنت ، مادام أنه يمكن نقلها دون تلف وتركيبها على قاعدة أخرى (استئناف ٧ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسبية . ١٤ رقم ١٠٢ ص ٢١٣ - استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ - ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٥ - طعنا ٣ مجبر سنة ١٩٣٩ الهامة ٢١ رقم ٢٨٠ ص ٦٥١) .

في الأرض ، فإنها تعتبر عقارا بالتخصيص إذا رصدها مالك الأرض الزراعية لخدمة الأرض واستغلالها ، وسيأتي بيان ذلك . وكالات الري المطاحن والمحالج ، تعتبر عقارا بطبيعته إذا ثبتت في الأرض على سبيل القرار . وإذا كانت آلات للري والطواحين والمطاحن والمحالج ، بالرغم من تثبيتها في الأرض ، يمكن فصلها دون تلف ، فإن اندماجها في الأرض عندما كانت مثبتة فيها إذا أضيفت إليه تبعيتها للأرض ، أغنى ذلك عن اشتراط ألا يكون فصلها دون تلف . فما هو تابع للأرض إذا اندمج فيها وثبت على سبيل القرار يكون عقارا بطبيعته ، حتى لو أمكن فصله دون تلف^(١)

الطلب الثاني

العقار بالتخصيص^(٢)

(Immeuble per destination)

١٢ - ماهر العقار بالتخصيص - مقابلة بين نصوص التقنين المصري

الفرنسي ونصوص التقنين المصري : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدني تقول : « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصدا على خلعة هذا العقار أو استغلاله » . فالعقار بالتخصيص هو إذن منقول بطبيعته ، رصده مالك الخلعة أو استغلال عقار بطبيعته هو أيضاً مملوك له ، كما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية مواشي أو آلات زراعية يستعين بها على زراعة أرضه ، وكما إذا وضع

(١) بودري وشوفو فقرة ٩٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٧ - ص ٢٨ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد بيع حصة في ملكية طحين قد نص فيه على أن البيع وقع على هذه الحصة في الآلة كما اشترت ، كما نص على نصيب المشتري فيها بعد تثبيتها مقابل دفعه ما يوازي هذا النصيب في نفقات تثبيتها ، فإن البائع متى ثبت الآلة يكون قد فعل ذلك لنفسه ولشريكه معاً . وإذا كانت هذه الآلة قد صارت بعد تثبيتها عقاراً ، فهذا العقار يكون لها كليهما لا لواحد منهما دون الآخر . وحتى كل منهما لنصيبه في هذا العقار يستوي في ثبوته أن يكون المقدم الذي تضمن اتفاقهما قد سجل أو لم يسجل ، إذ هذا المقدم ليس هو للنقش لهذا الحق العقاري ، بل الذي أنشأه هو العمل الذي صار به المنقول عقاراً (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ جاز ١ ص ٢٠١) .

(٢) انظر Pierre Gulphe رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ .

صاحب الفندق في فندقه الأثاث اللازم لتهيئة الفندق للاستغلال . ففي هذه الأحوال وأمثالها يأتي صاحب العقار بمنقولات يملكها ويضعها في العقار رسداً على نخلته أو استغلاله ، فترتبط المنقولات بالعقار ارتباطاً لا انفكاك منه حتى ليصبح العقار والمنقولات جميعاً وحدة اقتصادية لا تتجزأ ، ومن ثم يضمن العقار وهو الأصل على المنقولات وهي التبع صفة العقار ، بحكم هذا التخصيص ، فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقاراً بالتخصيص عن طريق الافتراض القانوني (fiction légale) .

وقد أفاض التقنين المدني الفرنسي ، وهو المصدر الذي أخذ عنه التقنين المدني المصري فكرة العقار بالتخصيص ، في النصوص وفي التطبيقات المتعلقة بهذا النوع من العقار . فوضعت المادة ٥٢٤ مدني فرنسي في فقرتها الأولى المبدأ العام في العقار بالتخصيص ، إذ تقول : « الأشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره ، لخدمة هذا العقار واستغلاله ، تكون عقاراً بالتخصيص » . ثم تأتي الفقرتان الثانية والثالثة عقب ذلك بتطبيقات متعددة للعقار بالتخصيص ، فتقولان : « وعلى ذلك تكون عقارات بالتخصيص ، إذا وضعها المالك لخدمة العقار واستغلاله : الحيوانات (المواشي) المخصصة للزراعة - آلات الحرث - البنور المعطاة للمستأجرين أو المزارعين - حمام الأبراج - أرناب الأوكار - خلايا النحل - أسماك البرك - المعاصر والمراجل والأنابيب والخوانج والدنان (أو ان لتقطير الحمر) - الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الأخرى - التبن والسماد . وتكون أيضاً عقارات بالتخصيص المنقولات التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام »^(١) . ثم تبين المادة ٥٢٥ مدني فرنسي ما هو المقصود بالمنقولات التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام ، الوارد ذكرها في آخر المادة السابقة ، فتقول : « يعتبر المالك أنه ربط منقولات بعقاره على سبيل الدوام (à perpétuelle demeure) إذا

(١) ويسبق هذا النص ، في التقنين المدني الفرنسي ، نص خاص بالمواشي التي يسلها المالك للمستأجر أو المزارع ، فتقول المادة ٥٢٢ مدني فرنسي : « الحيوانات (المواشي) التي يسلها مالك الأرض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أو لم تقوم ، تعتبر عقاراً ما بقيت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق . أما تلك التي يعطيها إيجاراً لغير المستأجر أو المزارع فتكون منقولات » .

كانت هذه المنقولات قد ألصقت بالعقار بالجبس أو بالجير أو بالإسمنت ، أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تتكسر وتتلف ، أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذى ألصقت المنقولات به . وتعتبر مرايا المسكن قد ربطت به على سبيل الدوام إذا كان الخشب الذى ألصقت به المرايا تتحد مع خشب الحائط ، وكذلك يكون حكم ألواح التصوير وسائر ما تزين به المساكن . أما بالنسبة إلى التماثيل ، فلإنها تكون عقارا إذا هى وضعت فى مخاضى حفرت فى الحائط خصيصاً لوضعها فيها ، حتى لو أمكن نقلها دون أن تتكسر أو تتلف .

ولم يخض التقنين المدنى المصرى السابق فى التطبيقات الكثيرة التى أوردتها التقنين المدنى الفرنسى ، بل اقتصر على ذكر آلات الزراعة والماشية وآلات المعامل ومهماتهما ، كما اقتصر على ذكر أثر واحد للعقار بالتخصيص هو عدم جواز الحجز عليه منفرداً عن العقار الأصيل . فنصت المادة ١٨/٤ من هذا التقنين على ما يأتى : « إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكاً لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتهما إذا كانت ملكاً لملك تلك المعامل ، تعتبر أموالاً ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فلم يورد أى تطبيق من تطبيقات العقار بالتخصيص اكتفاء بذكر شروطه ، كما أنه لم يحصر آثار العقار بالتخصيص فى عدم جواز الحجز عليه منفرداً عن العقار الأصيل كما فعل التقنين المدنى السابق ، بل سكت عن ذكر أى أثر حتى يترتب على العقار بالتخصيص جميع آثاره . فنصت المادة ٢/٨٢ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » (١) .

فتتكمّل إذن فى شروط العقار بالتخصيص ، ثم فى الآثار التى تترتب على التخصيص .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٧ .

§ ١ - شروط العقار بالتخصيص

١٣ - شرطه : يتبين من نص المادة ٢/٨٢ مدني سالفة الذكر أن هناك شرطين يجب توافرها حتى يكون المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص :
(١) اتحاد المالك ، أى أن يكون مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلي . (٢) التخصيص ، أى أن يكون العقار بالتخصيص قد ارتبط بالعقار الأصلي لخدمته أو استغلاله .

١٤ - الشرط الأول - اتحاد المالك : يتضح من صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدني ، ونصها كما رأينا : « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ... » ، أن مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلي . والمفروض أن هناك منقولا بطبيعته ألحق بعقار بطبيعته^(١) . هذه الحقائق الثلاث - المنقول بطبيعته والعقار بطبيعته وواقعة الإلحاق - مفروضة ، فهى ليست بشروط ، بل هى واقع المسألة . فإذا تحقق هذا الواقع ، فتنى يعتبر المنقول الملحق بالعقار الأصلي عقاراً بالتخصيص ؟ قلنا إن الشرط الأول هو أن يكون شخص واحد هو المالك لكل من العقار الأصلي والمنقول الملحق^(٢) . وعلى ذلك لا يكون عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه المستأجر^(٣) أو الدائن المرهن رهن حيازة أو صاحب حق الانتفاع رسداً لخدمة العقار المؤجر أو المرهون أو المملوكة رقبته لشخص آخر ، لأن المنقول الملحق يملكه شخص غير الشخص الذى

(١) فأجزاء البناء المنتمية له والملحقة به هى عقار بطبيعته كما سبق القول ، فلا يجوز اعتبارها عقاراً بالتخصيص لأن العقار بالتخصيص يجب أن يكون منقولا لا عقاراً . والمنقول المخصص لخدمة منقول آخر ، كالسيارة المخصصة لخدمة محل تجارى ، أو المخصص لخدمة عقار بالتخصيص كملف الماشية ، لا يجوز اعتباره عقاراً بالتخصيص لأنه لم يخصص لخدمة عقار بطبيعته ، والمفروض كما قلنا أن العقار الأصل يجب أن يكون عقاراً بطبيعته ، لا منقولا ولا عقاراً بالتخصيص . انظر فى هذا المعنى حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨١ - سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٧ ص ٤٤٤ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥٢ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٧

م ٣٠ ص ٨١ .

(٣) استئناف مخطوط ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٦٦ - حتى لو ثبت المنقول

(ماكينه الري مثلا) فى الأرض (استئناف مخطوط ٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٥) .

يملك للعقار الأصلي^(١) ، كذلك لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالك العقار في عقاره إذا كان هذا المنقول غير مملوك له ، كأن كان مرهوناً عنده أو معاراً له أو مسلماً إياه على سبيل الإيجار^(٢).

ويعمل بعض الفقهاء شرط اتحاد المالك بالاعتبار الآتي : إن إضفاء صفة للعقار بالتخصيص على المنقول الملحق بالعقار الأصلي إنما هو لمصلحة العقار الأصلي ، والمالك وحده هو الذي يمثل هذه المصلحة^(٣) ، وفي هذا التعليل غموض دعا هؤلاء الفقهاء توضيحه على النحو الآتي : لو أن مالك المنقول وضعه في خدمة عقار لا يملكه ، لوجب القول بأن صاحب المنقول لا يقصد إلحاقه بالعقار ، فإنه لا بد من تزج منقوله بعد انتهاء مدة انتفاعه بالعقار ، ولا يجوز افتراض تبرعه بالمنقول لأن التبرع لا يفترض . فلا بد إذن أن يكون مالك المنقول الملحق هو نفس مالك العقار الأصلي ، حتى يستتبع أن يفترض أنه قصد عدم انتزاع المنقول وإبقائه رصداً على خدمة العقار^(٤) . ويقرب من هذا التعليل تعليل يقول به فقهاء آخرون ، مؤداه أن فكرة العقار بالتخصيص لا يمكن أن تثار إذا كان مالك المنقول شخصاً آخر غير مالك العقار ، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن يقال إن مالك المنقول أراد إلحاقه بعقار لا يملكه . وإنما تثار الفكرة إذا كان مالك المنقول هو نفس مالك العقار ، إذ يمكن في هذه الحالة التساؤل عما إذا كان هذا المالك قد أراد أو لم يرد إلحاق منقوله بعقاره . فتكون وحدة المالك ، على مقتضى هذا التعليل ، داخلة في واقع المسألة ، وليست شرطاً بالمعنى الصحيح . ويكون واقع المسألة هو أن شخصاً واحداً يملك كلا من العقار والمنقول ، وعندئذ يصبح التساؤل متى يصبح المنقول عتقاراً بالتخصيص . فلا يكون إذن هناك إلا شرط واحد ، هو رصد المنقول لخدمة العقار أو استغلاله حتى يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص^(٥).

(١) ديمولومب ٩ فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢١ .

(٢) بودري وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ .

(٣) بودري وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ .

(٤) بودري وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ .

(٥) (٤) پلانتيول وريبير ريبكار ٣ فقرة ٨٠ - بيدان وفواران فقرة ١١٤ - دي باج

وديكروز ٥ فقرة ٦٤٥ - حولف فقرة ٦٢ ص ١٤٤ - پلانتيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة

٢٦٤٧ - كاربولييه ص ٦٨ - حن كبيرة فقرة ٢٨ ص ٨٩ .

ومنى تقرر وجوب اتحاد المالك ، فإن الحق فى إلحاق المنقول بالعقار يكون لهذا المالك أولنايه . ومن ثم يجوز لو كبل المالك استعمال هذا الحق ، كما يجوز ذلك للولى على المالك أو الوصى أو القيم ، فيصح لأحد من هؤلاء أن يرصد لخدمة عقار الأصل أو المحجور منقولاً يملكه هذا الأخير ، فيصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذ أن هذا العمل يعتبر داخلاً فى أعمال الإدارة^(١). ويمكن اعتبار المستأجر نائباً عن المالك إذا هو وضع منقولاً مملوكاً له فى خدمة العقار الذى استأجره ، وكان مشروطاً فى عقد الإيجار أن يترك المستأجر هذا المنقول لصاحب العقار عند نهاية الإيجار ، فى هذه الحالة يكون مالك العقار هو أيضاً مالك المنقول بموجب عقد الإيجار ، ويكون المستأجر عند وضعه المنقول فى خدمة العقار نائباً عن مالك العقار فى ذلك ، فيصبح المنقول عقاراً بالتخصيص^(٢).

ويجوز لمالك العقار فى الشروع أن ياحق المنقول بالعقار ، ويصبح المنقول عقاراً بالتخصيص تحت شرط فاسخ . فإذا تمت القسمة ووقع العقار فى نصيب هذا المالك ، لم يتحقق الشرط الفاسخ ، وبقي المنقول عقاراً بالتخصيص على وجه بات . أما إذا وقع العقار فى نصيب مالك آخر ، فإن الإلحاق يفسخ بتحقيق الشرط الفاسخ ، وينفصل المنقول عن العقار ليأخذه صاحبه^(٣). ويمكن تطبيق هذا الحكم على كل مالك تحت شرط فاسخ للعقار أو للمنقول . فإذا وضع مالك العقار تحت شرط فاسخ منقولاً لخدمة العقار ،

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ - ص ٥٨ - پلانيزول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠.

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ٢٠٩ - بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ هامش ١ - نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٤٧ - هكس ذلك لوران ٥ فقرة ٤٣٨ .
(٣) ديمولومب ٩ فقرة ٢١٤ مكررة - لوران ٥ فقرة ٤٣٥ - بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ - پلانيزول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ - شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٣ - عبد المنعم البدر اوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٤٩ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٦ - إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٤ - استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٤ - هكس ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٦ - نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص ٦٣٩ (مضى كان أحد الشركاء فى الشروع فى أرض يمتلك ملكية خاصة ، وأقامها على ذمة الأرض بملك ، واستغلها لنفسه وحسابه الخاص ، فإنها لا تصير عقاراً بالتخصيص).

أصبح هذا المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فإذا لم يتحقق الشرط صار الإلحاق باتا ، وإذا تحقق انفسخ الإلحاق وانفصل المنقول عن العقار ليأخذه صاحبه . كذلك إذا وضع مالك العقار منقولا بملكه تحت شرط فاسخ لخدمة العقار ، أصبح المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فإذا لم يتحقق الشرط صار الإلحاق باتا ، وإذا تحقق انفسخ الإلحاق وانفصل المنقول عن العقار وعاد إلى من له الحق فيه^(١) .

وقد يضع شخص غير المالك يده على عقار باعتبار أنه المالك (animo domini) ، بحسن نية أو بسوء نية ، فيجوز له بالرغم من أنه حائز غير مالك أن يرصد منقولا بملكه على خدمة هذا العقار ، ويصبح المنقول عقارا بالتخصيص . ولكن هذا الإلحاق ، وإن كان ينفذ في حق الغير ، لا يحتاج به المالك الحقيقي للعقار . ومن ثم إذا استرد هذا الأخير عقاره ، فإنه يسترده وحده منفصلا عن المنقول الذي رصده لخدمته ، ويأخذ الحائز صاحب المنقول منقوله^(٢) .

(١) أما إذا كان مالك المنقول مالكا تحت شرط واقف ، فإن المنقول لا يصبح عقارا بالتخصيص إلا عند تحقق الشرط . فإذا احتفظ البائع بملكية المنقول المبيع حتى يدفع إليه جميع الثمن ، ووضع المشتري المنقول في أرضه ، فلا يمكن أن يكسب صفة العقار بالتخصيص مادام الثمن لم يدفع جميعه (مصر المختلطة ١٩ يناير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٢٠٦ ص ٧٦) . فإذا تنازل البائع عن حقه في الملكية ، واكتفى بمطالبة المشتري بباقي الثمن ، وشرع في تنفيذ الحكم الذي صدر له ، فإن المنقول المبيع الذي وضع في أرض المشتري يصير عقارا بالتخصيص (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٥١ ص ٥٩ - محمد علي عرفة فقرة ٥٨ ص ٨٦ - شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ٦٢ - سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٧ ص ٤٤٥ - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٤ - استئناف وطني ٧ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسية ١٥ رقم ١٠٧ ص ٢١٣ - استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٣٥٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٠) .

وإذا كانت الآلة الزراعية مملوكة لشخصين على الشيوع ، ووضعت في عقار أحدهما ، فإنها لا تصبح عقارا بالتخصيص (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٣) .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢٠٩ - لوران ٥ فقرة ٤٣٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢١ - بودري وشوثر فقرة ٥٩ ص ٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٦٤٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ Bienes فقرة ١٠٤ - فقرة ١٠٥ - شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ٦٤ - عبد المنعم البدر أوى في المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٤٩ ص ٣٤٥ - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٤ .

وقد يتوافر شرط اتحاد المالك ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، ولكن يقع بعد ذلك أن يبيع المالك العقار أو المنقول ، فيختل شرط اتحاد المالك ، ومن ثم ينتهى إلحاق المنقول بالعقار وينفصل عنه ليأخذه من له الحق فيه^(١) .

١٥ - السُّرْطُ الثَّانِي - التَّخْصِيسُ : ورد في المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ما يأتى : « وقد توسع المشروع فيها (العقارات بالتخصيص) ، فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالى (السابق) على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة والمصانع .. ، بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ، ويخصه لخدمة العمار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبتة ، وإما لاستغلاله كآلات الزراعة والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية إلخ . ولا يشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . أما إذا وضع المنقول لخدمة شخص مالكه لا لخدمة العقار ، فإن ذلك لا يجعله عقارا بالتخصيص . ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة بل يكفى ألا يكون عارضا ، ومتى انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار^(٢) . ويستخلص من ذلك أمور ثلاثة : (١) يجب أن يكون المنقول (العقار بالتخصيص) مخصصا لخدمة العقار ، لا لخدمة شخص المالك . (٢) ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، بل يكفى ألا يكون عارضا . (٣) ولا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا لخدمة العقار ، بل يكفى التخصيص لخدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك :

١ - المنقول المخصص لخدمة العقار إنما يعتبر عقارا بالتخصيص لأن العقار الذى يخصص المنقول لخدمته هو الذى يضمن عليه صفة العقار ، فلا بد

(١) بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ - نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١ - ١ - ٧٤٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٧ .

إذن من أن يكون المنقول قد خصص لخدمة العقار حتى تنتقل صفة العقار إلى المنقول . أما إذا كان المنقول قد خصص ، لا لخدمة العقار ، بل لخدمة شخص مالك العقار ، فإنه ينعدم التلازم ما بين المنقول والعقار ، ولا يعود ثمة محل لإضفاء صفة العقار على المنقول . فلو أن صاحب الفندق قد أعد لنفسه غرفة خاصة في الفندق لاستراحته عند الحاجة ، وأثت هذه الغرفة بأثاث خاص به بحيث لو انتقلت ملكية الفندق إلى غيره لكان من الطبيعي أن ينزع هذا الأثاث الذي أعده لشخصه ، فإن الأثاث يكون في هذه الحالة قد خصص لخدمة صاحب الفندق شخصيا لا لخدمة الفندق ، ومن ثم يبقى منقولا على طبيعته ولا يصبح عقارا بالتخصيص . أما مفروشات الفندق وأثاثاته ، فهذه قد خصصت لاستغلال الفندق ذاته ، ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص . وكذلك لو أعد صاحب الفندق أو صاحب المصنع أو صاحب المزرعة سيارة لاستعماله الشخصي ، فإن هذه السيارة تبقى منقولا لأنها لم تخصص لاستغلال العقار ، بل خصصت لخدمة صاحب العقار شخصيا ، أما إذا ألحق بالفندق أو المصنع أو المزرعة سيارة لنقل نزلاء الفندق أو منتجات المصنع أو محاصيل المزرعة ، فإن السيارة تكون في هذه الحالة قد خصصت لاستغلال العقار ، ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص^(١) .

٢ - ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة (*à perpétuelle demeure*) . أما في التقنين المدني الفرنسي ، فقد رأينا من نصوصه التي أوردناها^(٢) أن هناك عقارا بالتخصيص يضعه المالك لخدمة العقار الأصلي واستغلاله (م ١/٥٢٤ و ٢ مدني فرنسي) ، وهذا لا يشترط فيه أن يكون تخصيصه بصفة دائمة لأن النص لم يشترط ذلك . وهناك عقار بالتخصيص وضعه المالك لتزيين العقار الأصلي ، ويشترط النص صراحة أن يكون تخصيصه بصفة دائمة ، وقد يكون لهذا التخصيص الدائم علامة مادية هي أن يكون العقار بالتخصيص ملصقا بالعقار الأصلي بالجبس أو الإسمنت ،

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ - بيدان وثواران فقرة ١١٥ - جولف فقرة ٧٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٦٥١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٥٢ - شفيق شحاته فقرة ٤٧ ص ٦٤ - حسن كبيرة فقرة ٢٨ ص ٨٣ .
(٢) انظر آنفا فقرة ١٢ .

وذلك كالترايا والأواح التصديرو والتماثيل (م ٥٢٤/٣ وم ٥٢٥ مدنى فرنسى (١) .
ولكن التقنين المدنى المصرى لم يحد حلو التقنين المدنى الفرنسى فى هذا التميز
بين التخصيص للخدمة والاستغلال والتخصيص على سبيل الدوام ، وهو
تميز ينتهده بعض الفقهاء الفرنسيين (٢) . وكل ما يطلبه التقنين المدنى المصرى
هو تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله (م ٢/٨٢ مدنى) . ويستوى
أن يكون التخصيص لاستغلال العقار استغلالا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا
أو مدنيا ، أو أن يكون لخدمة العقار واستعماله ، أو حتى أن يكون لتزيين
للعقار فإن التزيين يدخل فى عموم «خدمة» العقار ، وسرى تفصيل ذلك
فيما يلى . وإذا كان التخصيص لتزيين العقار ، فلا يشترط التقنين المصرى كما
اشترط التقنين الفرنسى أن يكون التخصيص على سبيل الدوام ، ومن باب
أولى لا يشترط الدوام إذا كان التخصيص للخدمة أو للاستغلال .

وإذا كان لا يشترط أن يكون التخصيص على سبيل الدوام ، فإنه لا يجوز
مع ذلك أن يكون تخصيصا عارضا لمدة موقوتة قصيرة ، بل يجب أن يكون
على سبيل الثبات والاستقرار ، فإن هذا وحده هو الذى يبرر إضفاء صفة
العقار على المنقول . ولا يمنع من أن يكون التخصيص ثابتا مستقرا أن ينقطع
انقطاعا عارضا مؤقتا ، فقد تنقل المواشى من الأرض الزراعية نقلا عارضا
لعلاجها مثلا ، وبالرغم من هذا النقل العارض تبقى المواشى مخصصة لاستغلال
الأرض على سبيل الثبات والاستقرار فتبقى عقارا بالتخصيص ، حتى فى المدة
التي انتقلت فيها (٣) .

٣ - ولا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا ، بل يكفي التخصيص
لخدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . وهذا

(١) انظر فى تبرير هذا التميز لوران ه فقره ٤٣٤ وفقره ٤٤١ - بودرى وشرقر
فقره ٦١ .

(٢) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ٩١ ص ٩٤ وهامش ٢ - پلانيول وريبير
وبولانييه ١ فقره ٢٦٦٢ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقره ٩٢٨ - كاربونييه
ص ٦٨ - ص ٦٩ .

(٣) جولف فقره ٧١ ص ١٦٨ - إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٧ -
حسن كيرة فقره ٢٨ ص ٨٢ .

مخلاف القانون المدني الفرنسي ، فإن الرأي السائد فيه هو أن يكون التخصيص ضرورياً^(١) . أما في التقنين المدني المصري ، فالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة في أنه لا يشترط أن يكون التخصيص ضرورياً ، إذ تقول كما رأينا^(٢) : « ولا يشترط أن يكون المنقول لازماً أى ضرورياً للخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ، ولولم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك » .

ولا تكفى إرادة المالك وحدها ليكون المنقول عقاراً بالتخصيص ، بل يجب أن يقوم إلى جانب الإرادة جانب الواقع . ومعنى ذلك أن المالك لا يستطيع بإرادته وحدها أن يلحق منقولاً بعقار فيجعله بهذه الإرادة عقاراً بالتخصيص ، بل يجب فوق ذلك أن يخصص هذا المنقول تخصيصاً فعلياً للخدمة العقار أو استغلاله^(٣) .

وقد بينت المذكرة الإيضاحية ، فيما رأينا^(٤) ، أنواع الخدمة والاستغلال ، فقالت في هذا الصدد : « وقد توسع المشروع فيها (العقارات بالتخصيص) ، فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالى (السابق) على الآلات اللازمة أى الضرورية

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦١ ص ٦٠ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٨٥ - جولف فقرة ٧٥ - كاربونييه ص ٧٣ - ص ٧٤ - نقض فرنسى ٣١ يولييه سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ١ - ٢٧٣ - ٩ ديسبر سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ١٢٥ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ ميريه ١٩٢٦ - ١ - ١٥٣ - ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٥٧ .
(٢) انظر آنفا نفس الفقرة .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٦٢ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢ وقرة ٩٠ - شفيق شحاته فقرة ٥١ .

وبين من ذلك أن التخصيص عمل مختلط (acte mixte) ، فهو مزيج من الإرادة والعمل المادى ، ولكن عنصر العمل المادى فيه هو الغالب ، شأن التخصيص في ذلك شأن الاستيلاء . ومن ثم يمكن اعتباره ، تبعاً لعنصره الغالب ، واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً . ولا يمنع ذلك من وجوب قيام إرادة التخصيص ، فهذه الإرادة ، إذا لم تكن كافية وحدها ، فإنها مع ذلك ضرورية لتمام التخصيص . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التخصيص لا ينحقق في منقولات وضعت في عقار أعطى مهنراً ، إذا لم تنبج إرادة المالك إلى ذلك (نقض فرنسى ٢١ أيار سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٢٩٢) - ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التخصيص تصرف قانونى يصدر من جانب واحد (شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٣) .
(٤) انظر آنفا نفس الفقرة .

للزراعة والمصانع (م ١٨/٤) بل نص عليها في صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه في عقار مملوك له ، ويخصص إما لخدمة العقار كالتماثيل التي توضع على قواعد مثبتة ، وإما لاستغلاله كآلات الزراعة والصناعة ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية إلخ . ويتضح من ذلك أن التخصيص يهدف إلى أحد أغراض أربعة : (١) الاستغلال الزراعي (٢) الاستغلال الصناعي (٣) الاستغلال التجاري (٤) خدمة العقار وتزيينه (ويدخل في ذلك الاستغلال المدني) .

١٦ - الاستغلال الزراعي (exploitation agricole) : هناك

أمثلة كثيرة متنوعة على التخصيص بقصد الاستغلال الزراعي ، وقد أورد التقنين المدني الفرنسي منها في المادتين ٥٢٢ و ٥٢٤ منه جملة وافرة كما رأينا (١) حيث كانت الزراعة هي الغالبة وقت وضع هذا التقنين ، وكلها يصدق عليها أنها عقار بالتخصيص طبقاً لأحكام التقنين المدني المصري ، فنستعرضها في إيجاز ، وقد وردت كما قدمنا على سبيل المثال لا على سبيل الحصر (٢) :

١ - المواشي المخصصة للزراعة : وذلك كالبقر والجاموس والحمار والبالغ والخبيل والجمال وغيرها من الحيوانات التي تستعمل في الحرث والجر والحمل ، فهذه قد ألحقت بالأرض الزراعية لاستغلال الأرض ، ومن ثم تعتبر عقاراً بالتخصيص . ولا يمنع من ذلك أن يكون في حزم المالك أن يبيع هذه المواشي أو أن يذبحها ، بعد أن تخدم الأرض المدة الكافية وبعد أن تصبح غير صالحة للاستغلال الزراعي (٣) . ويمكن ، لتكون المواشي مخصصة للاستغلال الزراعي ، أن يضع المالك قطعاً من الغنم في الأرض الزراعية وغرضه الرئيسي من ذلك تسميد الأرض (٤) . وقد يعود المالك إلى تربية المواشي في أرضه ،

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) فالتأضي إذن ، في الاستغلال الزراعي وفي غيره من أنواع الاستغلال والخدمة الأخرى ، هو الذي يبت فيما إذا كان المنقول قد أعد لاستغلال العقار أو لخدمته تبعاً لطروف القضية ، والمسألة مسألة واقع (بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٥) . فإذا تبين مثلاً أن أرضاً زراعية لا تصلح إلا لتربية المواشي ويحبها بعد ذلك ، فإن المواشي تعتبر في هذه الحالة عقاراً بالتخصيص إذ هي موجودة لاستغلال الأرض (إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٦) .

(٣) بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ - بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ .

وغرضه الرئيسى من ذلك أن ينتفع بألبانها أو بلحمها ، ففى هذه الحالة لا تعتبر المواشى عقارا بالتخصيص حتى لو انتفع بها عرضاً لتسميد الأرض ، لأن الغرض الرئيسى من وضعها فى الأرض ليس هو خلعة الأرض واستغلالها ، بل تربيتها فى الأرض حيث ترعى وتنمو ، فهى التى تنتفع بالأرض لا الأرض هى التى تنتفع بها^(١). وكذلك لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، من باب أولى ، اللواجن والأرانب وغيرها مما يربيه المالك فى أرضه لبيعه أو الانتفاع ببيضه ولحمه^(٢) . والإجماع منعقد على أنه لا يعتبر عقارا بالتخصيص الحيوانات المخصصة لخدمة المالك لا الأرض ، كالحيل المعدة للصيد أو لجر المركبات التى يستعملها المالك فى تنقلاته^(٣) .

وقد يؤجر المالك أرضه الزراعية ، ويؤجر معها مواشى يخصصها لزراعة هذه الأرض ، فيتسلم المستأجر أو المزارع الأرض ومعها المواشى وقد أصبحت هذه عقارا بالتخصيص بعد أن ألحقها المالك بالأرض للاستغلال الزراعى . فيستوى إذن أن يتولى المالك استغلال الأرض بنفسه ومعها المواشى التى خصصها لزراعة الأرض ، وأن يسلم الأرض والمواشى بعد أن أصبحت عقارا بالتخصيص لمستأجر أو مزارع يستغل الأرض والمواشى . وقد أفرد التقيين المدنى الفرنسى لهذه الصورة الأخيرة نصاً خاصاً ، فقضت المادة ٥٢٢ منه بأن : المواشى التى يسلمها مالك الأرض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أو لم تقوم ، تعتبر عقارا مادامت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق - أما تلك التى يعطيها إيجاراً لغير المستأجر أو المزارع ، فتكون منقولة^(٤) . وبديهي أن المواشى التى يؤجرها المالك إلى غير مستأجر

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ - محمد على عرفة فقرة ٦١ ص ٨٨ - نقض فرنسى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٥٧ - عكس ذلك بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ - ٦٧ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤١ - نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٢٠٦ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ - بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٥ .

(٣) ديملومب ٩ فقرة ٢٤٠ - لوران ٥ فقرة ٤٤٤ - بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٧ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٢ فى الماش .

الأرض أو المزارع لا تعدو أن تكون منقولاً أجره صاحبه ، لأنها لم تؤجر مع الأرض الزراعية حتى تضمن عليها الأرض صفة العقار بالتخصيص . فلا بد إذن ، حتى تصبح المواشي أو أى شئ آخر مخصص لزراعة الأرض كآلات الزراعة والتبن والسماد^(١) عقاراً بالتخصيص ، أن تؤجر مع الأرض الزراعية حتى تكون مخصصة لزراعة هذه الأرض . ويستوى في ذلك أن تكون المواشي قد قومت أو لم تقوم ، فإنها إذا قومت فلا يعنى ذلك أن ملكيتها قد انتقلت إلى المستأجر ، وإلا لأصبح مالك المواشي غير مالك الأرض واختل شرط اتحاد المالك . وإنما فائدة التقويم هى أن تنتقل تبعة هلاك المواشي إلى المستأجر أو المزارع ، ويصبح هذا ملزماً برد مواش تعادل قيمتها قيمة المواشي الأصلية^(٢) . ومن ثم تبقى المواشي ، حتى لو قومت ، ملكاً لصاحب الأرض ، فله أن يبيع الأرض وتبعتها المواشي التى أصبحت عقاراً بالتخصيص ، ويلتزم المشتري باحترام حق المستأجر أو المزارع بالشروط التى قررها القانون . ولدائن صاحب الأرض أن يوقع الحجز على الأرض حجزاً عقارياً ، فيشمل الحجز المواشي بعد أن أصبحت عقاراً بالتخصيص^(٣) .

أما المستأجر أو المزارع فليس له إلا حق الانتفاع بالأرض وبالمواشي وحق إدارتها ، ويدخل في أعمال الإدارة بيع ما يكاد ينفق من المواشي أو ما أصبحت الاستفادة به غير كاملة لإحلال غيره محله . فلا يجوز له إذن بيع المواشي في غير حدود أعمال الإدارة ، ولا يجوز لدائنه الحجز عليها حجز المنقول^(٤) .

٢- آلات الحرث والآلات الزراعية الأخرى : قالات الحرث

واضح تخصيصها للزراعة ، فتلحق بالأرض وتصبح عقاراً بالتخصيص^(٥) . وكالات الحرث آلات الحصاد وآلات الري ، فإنها تصبح أيضاً عقاراً

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦٥ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٦٤ ص ٦٣ - ص ٦٤ .

(٣) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٢ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٦٤ ص ٦٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤١ - نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩٠٥ داللو ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٩ .

(٥) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٩ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤

م ٢٦ ص ٢٤٦ - ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ .

بالتخصيص إذا خصصت لزراعة الأرض . وقد تكون بعض هذه الآلات
• نتيجة في الأرض ، فتصبح جزءاً منها وتكون عقاراً بطبيعتها^(١) . وكذلك
حكم السواقي والشواذيف والنوارج .

٣ - البنور والتبن والسماد : فالبنور التي خصصها المالك لبذر الأرض ،

أو التي أعطاها للمستأجر أو المزارع لبذر بها الأرض ، تعتبر عقاراً
بالتخصيص . وقد يحتجز المالك في آخر السنة الزراعية جزءاً من المحصول
يخصه للبذر ، فيصبح هذا الجزء عقاراً بالتخصيص ، أما بقية المحصول
بعد فصله من الأرض فإنه يصبح منقولاً . والبنور تكون عقاراً بالتخصيص
قبل دفنها في الأرض : أما إذا دفنت فإنها تصبح عقاراً بطبيعتها^(٢) .

والتبن والسماد ، وهن مواد أعدت لتسميد الأرض ، تعتبر عقاراً
بالتخصيص إذا هي ألحقت بالأرض لتسميدها . سواء كان المالك هو الذي
فعل ذلك كما هو الغالب . أو فعل ذلك المستأجر وفاء لما اشترطه عليه المالك
من ترك التبن والسماد في الأرض عند انتهاء الإجارة فإن هذه المواد في هذه
الحالة تؤول ملكيتها إلى مالك الأرض وقد ألحقت بالأرض لتسميدها فتصبح
عقاراً بالتخصيص^(٣) . ويكون التبن والسماد عقاراً بالتخصيص ملحقاً بالأرض
في مجموعها ، لا بجزء أو أجزاء معينة منها^(٤) . ولا يكون إثنين عقاراً
بالتخصيص إلا إذا أعد لتسميد الأرض . أما إذا أعد غذاء للماشية فإنه
يكون منقولاً لأنه ألحق بالماشية وهي ليست عقاراً بطبيعتها^(٥) .

(١) انظر آتفرقرة ١١ في آخرها .

(٢) بودري وشوفو فقرة ٦٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ .

(٣) بودري وشوفو فقرة ٧٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ - كولان

وكايتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٢ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ - ويترتب على ذلك ما يأتي : (١) إذا

باع المالك كل الأرض صفقة واحدة ، دخل التبن والسماد في البيع . (ب) إذا اقتطع المالك جزءاً
من الأرض وباعه ، لم يكن للمشتري حق في جزء من التبن والسماد يناسب الجزء من الأرض الذي
اشتراه . (ج) إذا باع المالك كل الأرض أجزاء متفرقة لمشتريين متعددين ، لم يجز لأحد من
المشتريين أن يختص بجزء من التبن والسماد ، ومن ثم يبقى التبن والسماد ملكاً للبائع ويتحول إلى منقول
بطبيعته . انظر كولان وكايتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٢ - محمد علي عرفة فقرة ٦٤ .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٣ هامش ٤٣ - لوران ٥ فقرة ٤٥٨ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ .

٤- حمام الأبراج وأرانب الأوكار وخلايا النحل ودود القز وأسماك البرك : هذه كلها وغيرها حيوانات تربي عادة داخل الأراضي الزراعية ، وتخصص لحلمتها ، إذ هي تتغذى منها وفي الوقت ذاته تضيف إلى ما تغله الأرض من ريع فزيد في الإنتاج . ومن هذه الناحية تكون هذه الحيوانات مخصصة لاستغلال الأرض الزراعية ، ومن ثم تكون عقارا بالتخصيص^(١)

٥- المعاصر والمراجل والأنابيب والخوابي والدنان : وكل شيء آخر أعد لتخزين المحصول الزراعي وحفظه يعتبر ملحقا بالأرض الزراعية ، ومن ثم يكون عقارا بالتخصيص . وقد ضي التقنين المدني الفرنسي بذكر المعاصر والمراجل والدنان والخوابي ، وهي أوان لتقطير الخمر وحفظها ، لانتشار زراعة العنب في فرنسا من أجل تقطيره خمرأ . وإذا كان المعد لحفظ المحصول لا يبقى في الأرض على سبيل الثبات والاستقرار بل يتبع المحصول ويبيع معه ، كأكياس القطن وبراميل النبيذ ، فإنه لا يعتبر عقارا بالتخصيص بل يكون منقولاً^(٢) .

(١) وتختلف من التبن والسماد في أنها تعتبر مخصصة للجزء من الأرض الذي فيه البرج أو للوكر أو البركة إلخ ، فإذا باع المالك شيئاً من ذلك تبعه كل الحيوانات (كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣) .

وانظر في أن خلايا النحل عقار بالتخصيص : استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ص ٢١٥ .

ولم يرد في التقنين المدني الفرنسي (م ٥٢٤) ذكر دود القز ، وكان قد اقترحت إضافته إلى خلايا النحل في مشروع التقنين فرفض الاقتراح (فييه ١١ ص ٣٠) . ومع ذلك فإن ألفقه الفرنسي الحديث يدخل دود القز في عداد المقارنات بالتخصيص ، متذرها بأن التعداد الذي ورد للمقارنات بالتخصيص في التقنين المدني الفرنسي لم يرد على سبيل الحصر (بودرى وشوفو فقرة ٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ - ٨٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣ - وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٤ - أنسيكلوبيدى دالغوز ١ لفظ Biens فقرة ١٦٩) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٦ - محمد حل حرفة فقرة ٦٣ .

١٧ — الاستغلال الصناعي (exploitation industrielle) : وكل

ما ورد في شأن الاستغلال الصناعي في التقنين المدني الفرنسي (م ٢/٥٢٤)
 العبارة الموجزة الآتية : والآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديدو معامل
 الورق والمعامل الأخرى . وهذا طبيعي ، إذ لم تكن الصناعة في فرنسا وقت
 وضع التقنين المدني الفرنسي إلا في دور الطفولة أما الآن ، بعد أن خطت
 الصناعة خطوات بعيدة حتى في الدول النامية ومنها مصر ، فإن من المتفق
 عليه أن يكون عقارا بالتخصيص جميع الآلات والمعدات والأجهزة التي
 توضع في المصنع لتشغيله ، أيا كان هذا المصنع وأيا كانت الآلات والمعدات
 والأجهزة . فسواء كان المصنع معداً للصناعات الثقيلة كالحديد والصلب
 والآلات والماكينات ، أو كان معداً للصناعات الخفيفة كالغزل والنسيج
 والأحذية والأثاث والصابون والورق والزجاج والروائح وتقطير الكحول
 وغير ذلك من المواد الاستهلاكية ، ومهما بلغ حجم الآلات والمعدات
 والأجهزة الموضوعة في المصنع لتشغيله ، كبر هذا الحجم أو صغر ، فإن هذه
 الآلات والمعدات والأجهزة تعتبر عقارا بالتخصيص مادامت قد خصصت
 لتشغيل المصنع ، وكان مالکها هو نفس مالك المصنع . ويعتبر كذلك عقاراً
 بالتخصيص العربات والمركبات والحيل المخصصة لأعمال المصنع ، وكذلك
 الآلات المولدة للكهرباء^(١)

والمفروض بطبيعة الحال أن يكون المصنع عقاراً بطبيعته ، ويكون عادة
 مبنى ضخماً بجميع توابعه وملحقاته . فعندما توضع في هذا العقار الآلات
 والمعدات الصناعية المخصصة لتشغيل المصنع ، يضمن العقار على هذه الآلات
 والمعدات صفة العقار بالتخصيص ، ما لم تكن الآلات والمعدات قد اندمجت
 في العقار وأصبحت جزءاً منه فتصبح عندئذ عقاراً بطبيعته . وعلى ذلك
 لا تكون الآلات والمعدات عقاراً بالتخصيص إذا لم يكن هناك عقار أصلي

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨١ - فقرة ٨٢ - وقد قضى بأن أسلاك التلغون تعتبر عقاراً
 بالتخصيص بالنسبة إلى معمل توليد الكهرباء ، لا بالنسبة إلى منازل المشتركين (مصر الكلية ٣
 أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١) . وقضى بأن آلات المطبعة المقامة في
 مكان أعد لها خصيصاً تعتبر عقاراً بالتخصيص ، ويحجز عليها حجزاً عقارياً (استئناف مخطط
 ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٢٧) .

يضمني عليها هذه الصفة ، فألات النسيج التي يملكها نساج يعمل في منزله ، والأدوات الصناعية التي يملكها الصانع ويتنقل بها من مكان إلى آخر لمباشرة مهنته ، كل هذه غير ملحقة بعقار أصلي أعد للصناعة ، ومن ثم لا تكون عقاراً بالتخصيص بل منقولاً بطبيعته^(١) .

وتعتبر كذلك عقاراً بالتخصيص المواد الخام الموضوعة في المصنع والمعدة للصنع ، أما منتجات المصنع التي تم صنعها فهي منقول بطبيعته لا عقاراً بالتخصيص ، شأنها في ذلك شأن المحصولات الزراعية بعد انفصالها عن الأرض ، وشأن البضائع التي توجد في المتجر وتكون معدة للتداول .

١٨ - الاستغلال التجاري (exploitation commerciale) : لما كان

للمفروض أن هناك عقاراً بطبيعته هو الذي يضمني على العقار بالتخصيص صفة العقار ، فإنه يجب التمييز ، في الاستغلال التجاري ، بين المتجر (fonds de commerce) الذي هو منقول معنوي وبين العقار الذي يباشر فيه التجارة ، وكثيراً ما يكون هذا العقار غير مملوك لأصاحب المتجر ، بل يكون هذا قد استأجره فبدخل الحق في الإيجار ضمن عناصر المتجر ، ولا يكون هناك محل لاعتبار الأدوات والمعدات التجارية عقاراً بالتخصيص إذ هي غير ملحقة بعقار يملكه صاحب المتجر . وحتى لو كان العقار الذي يباشر فيه صاحب المتجر تجارته مملوكاً له ، فهو في أكثر الأحوال غير مهياً تهية خاصة للتجارة ، إذ يكون عقاراً صالحاً - في الحال أو بعد إدخال تعديلات بسيطة فيه لا تغير من كيانه - للتجارة ولغيرها من الأغراض ، كأن يكون مكباً أو مسكناً . وهذا بخلاف المصانع ، فإنها بحكم بنائها وتهيتها لا تصلح غالباً إلا للصناعة . وحتى يكون هناك عقار تجاري يمكن أن يضمني على المنقولات المعدة لاستغلاله صفة العقار بالتخصيص ، يجب أن يكون هذا العقار مهياً تهية خاصة للتجارة^(٢) . ويقع ذلك في بعض الأحوال ، فهناك متاجر كبرى تباع بضائعها للمستهلكين

(١) بودري وشوفو فقرة ٧٤ ص ٧٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦ ص ٨٨ - محمد علي عرفة فقرة ٦٩ .

(٢) فيكون هذا الدثار وكذلك المقاربات بالتخصيص المنحقة به جميعها داخلة ضمن عناصر المتجر ، التي من منقول معنوي كما قدمنا .

مباشرة أو تبديها بالحملة ، وتشيد مباشرة أعمالها عقارات ضخمة تهيئها تهيئة خاصة لنوع التجارة الذي تمارسه ، كمحلات شيكوريل وعمر أفندي وأوركوجاتينيو وبونمارشيه ويعقوبيان وغيرها من المحلات المعروفة^(١). فمثل هذه المحال عقارات أعدت خصيصاً للتجارة ، ومن ثم تكون المنقولات التي وضعت فيها وخصصت للاستغلال التجاري عقارا بالتخصيص مادام مالك العقار هو المالك لهذه المنقولات^(٢). وذلك كالأثاث والمفروشات التي أُنشئت بها هذه المحال لاستغلالها ، وكالمركبات والعربات والحيل التي خصصت لعمليات النقل المتعلقة بالتجارة ، وكالأجهزة الكهربائية والأدوات والمعدات الأخرى التي وضعت في هذه المحال للاستغلال التجاري . أما المتجر نفسه ، وهو منقول معنوي كما قلنا ، فلا يكون عقارا بالتخصيص^(٣).

ومن العقارات التي تشيد مع تهيئتها تهيئة خاصة للتجارة الفنادق ، والبنسيونات والمطاعم والمقاهي ، فكثيراً ما يشيد العقار ليكون فندقاً أو بنسيوناً أو مطعماً أو مقهى منذ البداية . فبعد إعداداً خاصاً لهذا الغرض ، بحيث يدرك من يلقى نظرة عليه لأول وهلة أنه لا يمكن إلا أن يكون ذلك . ففي هذه الحالة تكون المنقولات الموضوعة في هذا العقار لاستغلاله التجاري ، من أسرة وأبسطة ومجاجيد ومفروشات وأثاث وكراسي ومناضد وأجهزة كهربائية وأدوات للطبخ والأكل وغير ذلك ، عقارا بالتخصيص^(٤).

(١) بودري وشوئو فقرة ٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تعتبر المنقولات التي رصدها المالك لخدمة عقاره المستغل استغلالاً تجارياً بمعرفة عقاره بالتخصيص ، وليس يلزم لاعتبارها كذلك أن تكون مثبتة بالعقار . هل وجه القرار (نقض ماني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ بمجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ١ ص ٣٠١) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٤) كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣ - كاربونيه ص ٦٨ - محمد علي مرفعة فقرة ٧٣ - شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ٦١ - عبد المنعم البدر اوى في المدخل لقانون الخاص فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٧ وفقرة ٢٥١ ص ٣٤٩ - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٦ - منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٢٥٦ - عكس ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ و ص ٣٠ - ديمولومب ٩ فقرة ٢٦٤ . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن المسألة مسألة واقع بحسب النية وظروف كل حالة (نقض فرنسي ٣١ يولييه سنة ١٨٧٩ دالتوز ٨٠ - ١ - ١٢٥ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٣ دالتوز ٥٦ - ١ - ١٢٥ - ٢ أغسطس سنة ١٨٨٦) .

كذلك الحال فيما يتعلق بقاعات السينما والمسارح ، فهذه تشيد تشييداً خاصاً ، ولا تكاد القاعة تصلح إلا للسينما أو المسرح أو للاجتماعات والحفلات العامة . فكل ما يوضع فيها من منقولات لاستغلالها استغلالاً تجارياً ، كالكراسي وأجهزة الإضاءة والستائر والديكور وما يوضع على خشبة المسرح من أبسطة ، ومجاذير ومفروشات وأدوات إطفاء الحريق وغير ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص^(١) .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالمصارف ، فإن العقار الذى يشيد ليستخدم مصرفاً نهياً تهية خاصة لذلك بحيث يترك من يراه لأول وهلة أنه مصرف . فالمنقولات التى توضع فى هذا العقار لتسيير الأعمال المصرفية ، من أثاث وأوراق وكراسي ومكاتب وخزائن ، كل هذا يعتبر عقاراً بالتخصيص^(٢) . والكازينوهات فى مدن المياه المعدنية والحمامات تشيد عقاراتها ونهياً تهية خاصة للغرض المقصود ، فالتحويه من منقولات لاستغلالها ، كالمفروشات ومناضد اللعب والأواني والفوارير وأدوات الاستحمام وغير ذلك ، تعتبر عقاراً بالتخصيص^(٣) .

وتحديد أى المنقولات قد خصص للاستغلال التجارى ، حتى يعتبر عقاراً بالتخصيص ، يختلف باختلاف الظروف ، وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك متمشياً فى كل حالة مع ما يناسبها^(٤) .

= دالوز ٨٧ - ١ - ٢٩٣ - وانظر پلانيول وريبير وبولانيه ١ فقرة ٢٦٢٤ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ Biens فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٦٥ .
وانظر فيما يتعلق بالبراسيرى (brasserie) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٩٠ - نقض فرنسى ٢٤ يناير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٣٢٧ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ ص ١٥٣ .

(١) بودر وشوفو فقرة ٨٠ وقرة ٨١ ص ٧٧ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ ص ٣٠ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٩٠ - پلانيول وريبير وبولانيه ١ فقرة ٢٦٥١ - محمد عل عرفة فقرة ٧١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣٠ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ - ص ٩٠ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ Biens فقرة ٢٦٩ .

(٣) بودر وشوفو فقرة ٧٩ ص ٧٥ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٤ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٤) بودر وشوفو فقرة ٧٧ - فقرة ٧٨ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ - نقض فرنسى ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيرييه ١٩٢٦ - ١ - ١٥٣ .

أما البضائع التي يحتويها المتجر والتي تعد للبيع والتداول ، فإنها إذا نظر إليها على استقلال لا تكون عقارا بالتخصيص بل هي منقول بطبيعته . وإذا نظر إليها كعنصر مادي من عناصر المتجر فإنها تتبع المتجر وتندمج في مجموعته وتعتبر منقولا معنويا . وذلك هو أيضاً حكم شارة المتجر (enseigne) ، ولكن الاسم التجاري (nom commercial) لا يعتبر منقولا طبيعياً ولا عقارا بالتخصيص ، بل هو عنصر معنوي من عناصر المتجر^(١).

١٩ - **خدمة العقار وتربيته والاستغلال المدني** : وليس من الضروري ، ليكون المنقول عقارا بالتخصيص ، أن يكون مخصصاً للاستغلال أصلاً ، زراعياً كان الاستغلال أو صناعياً أو تجارياً ، بل يكفي أن يكون مرصوداً لخدمة العقار الأصلي . ومعنى ذلك أن يكون مالك العقار الأصلي لا يستغل هذا العقار إطلاقاً بل يستعمله لحاجته الشخصية ، كمنزل يسكنه صاحبه أو طابق في مبنى يستعمله صاحبه مكتباً له . فما يوضع في هذا البناء من منقولات رصدت على خدمته ، كأبسطة السلم وأدوات النظافة وأجهزة الإضاءة ومضخات إطفاء الحريق وصندوق البريد واللافتة وغير ذلك من المنقولات المملوكة لصاحب البناء والتي يغنيها فيه على سبيل الثبات والاستقرار لخدمته ، يعتبر عقاراً بالتخصيص^(٢) . أما الأثاث والمفروشات وغير ذلك من المنقولات المعدة للاستعمال الشخصي فلا تعتبر عقارا بالتخصيص . وإنما هي منقول بطبيعته^(٣) . وهذا بخلاف أثاث الفنادق والبنسيونات ومفروشاتها . فإنها تعتبر عقاراً بالتخصيص لأنها غير مرصودة لخدمة صاحب الفندق أو البنسيون ، بل هي مخصصة للاستغلال التجاري وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٤) . وإذا كانت المباني محالاً للعبادة ، كالمساجد والكنائس ، فما وضع فيها من منقولات خصص للعبادة أي لخدمة المسجد أو الكنيسة يكون عقاراً بالتخصيص

(١) ديمولومب ٩ فقرة ٢٨٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣٠ - بودري وشوفرو فقرة ٨٤ .

(٢) أما الأبواب والشبابيك والأقفال والمساعد والأسوار والأدوات الصحية ، فقد رأينا أنها هي وغيرها تعتبر عقاراً بطبيعتها لا عقاراً بالتخصيص (انظر آفا فقرة ١١) .

(٣) كولان وكهينان ودی لامورانديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٤ .

(٤) انظر آفا فقرة ١٨ .

مادام مملوكا لمن أنشأ محل العبادة ، ويكون في حالة المسجد موقوفا مثله .
فيكون عقاراً بالتخصيص منبر المسجد وكرسى القارئ والدجاجيد والأبسطة
والحصر ، كما يكون عقاراً بالتخصيص نواقيس الكنيسة والأرغن والمقاعد
الخشبية وألواح التصوير^(١) .

وقد يوضع المنقول في العقار لتزيينه ، وقد رأينا أن التقنين المدني الفرنسي
(م ٥٢٥) يشترط في هذه الحالة أن يكون المنقول ملصقاً بالعقار بالحبس
أو بالخير أو بالإسمت^(٢) حتى يكون من موضوعا على سبيل الدوام (à perpétuelle
demeure) ، وذلك فيما عدا التماثيل . أما التقنين المدني المصري فلم يرد
فيه لا شرط الإلصاق ولا شرط الوضع على سبيل اندوام ، ومن ثم يكون
حكم المنقول المعد لتزيين العقار هو حكم المنقول المرصود لخدمته . فما وضع
في المباني لتزيينها ، كالمرابا وألواح التصوير والتماثيل ، مادامت مملوكة لصاحب
المبنى وموضوعة فيه على سبيل الثبات والاستقرار ، وليس ضرورياً أن
يكون على سبيل الدوام ، يكون عقاراً بالتخصيص ، دون حاجة لأن يلصق
بالمبنى كما يشترط التقنين المدني الفرنسي^(٣) .

وقد رأينا مما تقدم أن المنقول قد يوضع في عقار لخدمته أو لتزيينه ،
فيعتبر عقاراً بالتخصيص . والمفروض في ذلك ، كما قدمنا ، أن مالك العقار
هو الذى يستعمل العقار بنفسه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يضع مالك
العقار المنقول الذى يملكه لخدمة العقار أو لتزيينه على الوجه الذى قدمناه ،
وبدلاً من أن يستعمل العقار بنفسه يستغله بأن يؤجره مثلاً للغير . ففي هذه
الحالة يبقى المنقول عقاراً بالتخصيص ، ويكون تخصيصه هنا لا للخدمة أو
للتزيين ، ولكن لما تمكن تسميته بالاستغلال المدني^(٤) (exploitation civile) ،
وهو يقابل الاستغلال الزراعى أو الصناعى أو التجارى فيما قدمناه .

(١) بودى وشوفو ققرة ٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨ ص ٩٠ -
بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٦٥٦ - أنسيكله ييدى دالوز ٩ لفظ Bône فقرة ٢٧٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٣) عكس ذلك استثناف مختلط ٣٤ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٨٤ وفقرة ٩١ ص ٩٥ .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التخصيص

٢٠ - **صيرورة المنقول بالطبيعة عقاراً حكماً** : قدّمنا أنه إذا وضع منقول في عقار لخدمته أو لاستغلاله واتحد المالك . فإن المنقول يصبح عقاراً بالتخصيص . ومعنى ذلك أن المنقول . وإن ظل محتفظاً بطبيعته كمنقول ، يصير في حكم العقار . فهو منقول طبيعة . عقار حكماً . وصيرورته عقاراً حكماً إنما يكون عن طريق افتراض قانوني (fiction légale) . ويريد القانون من إضفاء صفة العقار على المنقول أن يجعل هذا المنقول جزءاً من العقار لا ينفصل عنه . ومن ثم يأخذ حكم العقار عن طريق افتراض أنه هو نفسه عقار . والغرض من جعل المنقول غير قابل للانفصال عن العقار توقي ما ينجم من ضرر عن هذا الانفصال . فالمنقول قد ألحق بالعقار على سبيل الثبات والاستقرار لخدمته أو لاستغلاله . فلو أمكن فصله عنه بالحجز عليه مثلاً مستقلاً حجز منقول . عاد ذلك بالضرر على العقار إذ يفقد عنصراً هاماً من عناصر خدمته أو استغلاله . أما إذا اعتبر المنقول عقاراً حكماً غير قابل للانفصال عن العقار الأصلي . فإنه لا يمكن الحجز على المنقول مستقلاً وفصله عن العقار بهذا الحجز . بل يجب الحجز على العقار الأصلي والمنقول معاً باعتبارهما وحدة لا تتجزأ . ويكون الحجز حجز عقار لا حجز منقول ، وبذلك لا ينفصل المنقول عن العقار ويبقى دائماً معه لخدمته أو لاستغلاله .

ويترتب على اعتبار المنقول بطبيعته عقاراً حكماً أن هذا المنقول يبنى مشاركا للمنقول في طبيعته مخالفاً له في حكمه . ويصبح في الوقت ذاته مشاركاً للعقار في حكمه مخالفاً له في طبيعته . فهو يتميز عن المنقول في الحكم ، ويتميز عن العقار في الطبيعة . ومن ثم وجبت منارنته بكل من المنقول والعقار لقرى أن يختلف مع كل منهما .

٢١ - **الفروق بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعة** : بمجرد أن يلحق منقول بعقار ويصبح عقاراً بالتخصيص ، فإن هذا المنقول تدري عليه بوجه عام أحكام العقار . ومن ثم تقوم فروق كثيرة بين حالته بعد أن أصبح عقاراً بالتخصيص وحالته عندما كان منقولاً مستقلاً . وقد كان التقنين المدني

السابق لا يذكر من هذه الفروق إلا الحجز ، فكانت المادة ١٨/٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكاً لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها إذا كانت ملكاً للمالك تلك المعامل ، تعتبر أموالاً ثابتة بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » . وقد كان قصر النص لأثر العقار بالتخصيص على حالة الحجز منتقداً في عهد التقنين المدني السابق ، وكان ميل الفقه والقضاء إلى التوسع في النص وقياس حالات أخرى على حالة الحجز . وأكد التقنين المدني الجديد هذا الاتجاه ، فأغفل النص على قصر الأثر على الحجز حتى تكون آثار العقار بالتخصيص أوسع نطاقاً^(١) .

فالتناج التي ترتب على فكرة العتار بالتخصيص تشمل إذن الحجز وغيره ، وهي بعينها الفروق التي توجد بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته ، ونذكر من هذه الفروق ما يأتي :

١ - عندما يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، فإنه يأخذ حكم العقار لا حكم المنقول في صدد الحجز . فلا يجوز أولاً الحجز على العقار بالتخصيص مستملاً عن العقار الأصلي ، حتى لا ينفصل عنه كما قدمنا . وإذا وقع الحجز فإنه يوقع على العقار الأصلي والعقار بالتخصيص معاً باعتبارهما عقاراً واحداً لا يتجزأ ، ويكون الحجز بطبيعة الحال حجز عتار لا حجز منقول . والذي يوقع الحجز هو دائن المالك ، والمفروض أن مالك العقار الأصلي هو نفس مالك العقار بالتخصيص . ولولا فكرة العقار بالتخصيص لكان من مصلحة الدائن ، إذا كانت قيمة العقار بالتخصيص تغطي حقه ، أن يقصر الحجز على هذا العقار الذي هو في حقيقته منقول ، ولكان يلجأ في ذلك إلى إجراءات حجز المنقول وهي أسرع وأقل تعقيداً وكلفة من إجراءات حجز العقار ،

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٧-٤٦٧-

ولما تقدم بعض مستشارى محكمة النقض إلى لجنة مجلس الشيوخ باقتراح يرمى إلى إعادة النص الذى يقصر أثر العقار بالتخصيص على حالة الحجز رفضت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . لأن التسليم بفكرة العقار بالتخصيص لا يستقيم مع قصر نطاق آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج . ومن طائفة أخرى . ونتائج التخصيص قد تظهر في البيع والقسمة والوصية ، ولذلك أثرت اللجنة أن تبقى النص على حاله حتى يكون نطاق هذه النتائج أشمل من نطاق الحال . (انظر آتية فقرة ٤ في الماشي) .

ولكان ينجم عن ذلك أن يباع هذا المنقول مستقلاً عن العقار الأصلي فينفصل عنه . وهذا ما أراد القانون توقيه عن طريق إضفاء صفة العقار على المنقول وجعله جزءاً لا يتجزأ من العقار الأصلي ، فيوجب الحجز عليهما معاً حجزاً عقاراً ، ويمنع بذلك انفصال المنقول عن العقار (١) .

٢ - إذا أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، ورهن العقار الأصلي رهناً رهنياً أو أخذ عليه حق اختصاص ، فإن الرهن الرسمي أَوْحَى الاختصاص بمتد ليشمل العتار بالتخصيص حتى لا ينفصل هذا عن العقار الأصلي . ولولم تضاف على المنقول صفة العقار بالتخصيص وبقي منقولاً على طبيعته ، لما جاز أن يمتد إليه الرهن الرسمي أو الاختصاص لأن أياً من هذين لا يقع إلا على عقار ، ولا انفصل المنقول عن العقار الأصلي عند التنفيذ على هذا العقار . وهذا هو ما أكدته المادة ١٠٣٦ مدني تطبيقاً لفكرة العقار بالتخصيص ، إذ نصت على ما يأتي : « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك .. » .

٣ - ويمكن القول بوجه عام إنه إذا أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص فإنه يصبح غير قابل للانفصال عن العقار الأصلي ، بحيث لو وقع تعامل على العقار الأصلي لتناول هذا التعامل العقار بالتخصيص مع العقار الأصلي في وقت واحد . ولو أن العقار بالتخصيص ظل منقولاً على طبيعته ، ووقع تعامل على العقار الأصلي ، لاقتصر التعامل على هذا العقار وحده ، ولا انفصل عنه المنقول . فإذا بيع العقار الأصلي ، شمل البيع العقار بالتخصيص حتى لا ينفصل هذا عن ذلك . وتقول المادة ٤٣٣ مدني في هذا الصدد : « يشمل التسليم ملحقات الشيء المباع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . (٢) وإذا

(١) بودري وشوئو فقرة ٩٦ ص ٨٧ وقرة ٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ .

والليرة في معرفة ما إذا كان المال عقاراً بالتخصيص بوقت الحجز (استئناف مخطط ٢٨

نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٣) .

(٢) بودري وشوئو فقرة ٩٦ ص ٨٧ .

كان هناك ملاك على الشيوع بملكون مع العقار الأصلي الشائع أمولا أخرى كلها شائعة بينهم . وقد وضعوا في العقار منقولا رصوده على خدمته أو استغلاله فأصبح عقاراً بالتخصيص ، واقتسموا بعد ذلك الأموال الشائعة ووقع العقار في نصيب أحدهم ، فإن العقار بالتخصيص يتبع العقار الأصلي ويقعان جميعا في نصيب هذا الشريك حتى لا ينفصل العقار بالتخصيص عن العقار الأصلي^(١) . وإذا لوصى شخص بمنقولاته لشخص آخر . فلا تشمل هذه المنقولات الموصى بها العقار بالتخصيص المرصود لخدمة عقار أصلي أو استغلاله ، حتى لا ينفصل هذا العقار بالتخصيص عن العقار الأصلي^(٢) . ويمكن القول أيضاً بأنه إذا رتب حق انتفاع على العقار الأصلي أو أوجر هذا العقار ، شمل كل من حق الانتفاع والإيجار مع العقار الأصلي العقار بالتخصيص ، حتى لا ينفصل الثاني عن الأول^(٣) .

٤ - إذا انتقلت ملكية العقار الأصلي وكان ملحقاً به عقار بالتخصيص ، فإن العقار بالتخصيص وحقيقته منقول يعامل معاملة العقار في رسوم التسجيل ، ويلحق من جراء ذلك غبن يمن يتعامل في العقار بالتخصيص^(٤) . وهنا جاوز القانون ، بإضفاء صفة العقار على المنقول ، الغرض الذي استهدفه ، وألحق بالتعاملين غبناً لم يكن مقصوداً بهذه الصفة الافتراضية المحضة التي أضفها على المنقول ، وهذا الحكم من أهم المآخذ على فكرة العقار بالتخصيص . وتحايل الناس عادة لتوفي هذا الغبن ، فيبيع المالك للمشتري أولاً العقار بالتخصيص مستقلاً باعتباره منقولاً بطبيعته ، ثم يبيعه العقار الأصلي منفصلاً عن العقار بالتخصيص^(٥) .

٢٢ - الفروق بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته : على أن العقار

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ .

(٢) بودري وشوفو فقرة ٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ .

(٣) حن كيرة فقرة ٢٩ ص ٩٤ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨٠ .

(٥) ولكن إذا كشف القاضي التحايل رده ، واعتبر البيعين صفقة واحدة وقمت على عقار

(انظر في هذه المسألة بودري وشوفو فقرة ٥٠ ص ٤٧ - ص ٤٨ برين ٤٨ مائس ١ ساربري

ورر ٢ فقرة ١٦٤ ص (٤) هاشر ٧٠) .

بالتخصيص . إذا اعتبر عقاراً حتماً فطبقت عليه بوجه عام أحكام العقار على النحو الذي بيناه فيما تقدم . لا يزال في طبيعته متحولاً ولم يفقد هذه الطبيعة من جراء اعتباره عقاراً بالتخصيص . ومن ثم يختلف عن العقار بطبيعته من وجوه ، أهمها ما يأتي :

١ - يصبح المنقول عقاراً بطبيعته إذا أدمج إدماجاً مادياً في عقار أصلي بطبيعته . ويستوى في ذلك أن يكون من قام بعملية الإدماج المادي (incorpo- ration) هو المالك للعقار الأصلي أو غير المالك كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع . أما إذا لم يدمج المنقول إدماجاً مادياً في العقار الأصلي واقتصر على جعله عقاراً بالتخصيص . فإنه من الضروري أن يكون من قام بعملية التخصيص هو نفس مالك العقار الأصلي . إذ يشترط في العقار بالتخصيص اتحاد المالك ولا يشترط ذلك في العقار بطبيعته . يضاف إلى ذلك أن المنقول إذا أصبح عقاراً بطبيعته عن طريق الإدماج المادي . فإنه يصبح ملكاً لصاحب الأرض طبقاً لقواعد الالتصاق ، أما في العقار بالتخصيص فلا تطبق قواعد الاختصاص ولنا في حاجة إلى تطبيقها إذ المفروض أن مالك العقار الأصلي هو مالك العقار بالتخصيص (١) .

٢ - إذا أصبح المنقول عقاراً بطبيعته عن طريق الإدماج المادي . فإنه يفقد ذاتيته . وإذا كان بائع هذا المنقول لم يقبض ثمنه فأصبح له عليه حق امتياز بائع المنقول ، فإن حق الامتياز هذا يزول بتمتد المنقول لذاتيته وصيرورته عقاراً بطبيعته . أما إذا لم يدمج المنقول إدماجاً مادياً في العقار واقتصر على جعله عقاراً بالتخصيص . فإنه لا يفقد ذاتيته كمنقول ، ويبقى البائع محظوظاً بحق امتياز عليه . وتقول الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدني في هذا الصدد : « ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المباع . ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محظوظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية » (٢) .

(١) بودي وشوفو فقرة ٩٤ - فقرة ٩٥ .

(٢) انظر بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ - بلانيول وريير وبولانيه ١ فقرة

٢٩٤٥ ص ٨٧١ - كولان وكاهيتان مدني لاموراندوير ١٣ فقرة ٩٢٤ ص ٧٤٠ .

وقد قلنا^(١) أن صاحب العقار الأصلي إذا رهنه رهنا رسمياً ، امتد الرهن إلى ما يوجد بالعقار الأصلي من عقار بالتخصيص . فإذا فرضنا أن صاحب العقار الأصلي اشترى منقولاً ولم يدفع ثمنه ، ورصده لخدمة العقار أو لاستغلاله فأصبح عقاراً بالتخصيص ، فإن بائع المنقول يظل محتفظاً بحق امتيازهِ كما تقدم القول . فإذا رهن المالك العقار بعد ذلك رهنا رسمياً ، فإن هذا الرهن يمتد إلى العقار بالتخصيص كما قلنا ، ومن ثم يقوم حقان متعارضان على هذا العقار بالتخصيص : حق امتياز بائع المنقول وحق الدائن المرتهن رهناً رسمياً . ويبدو أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدني سالفه الذكر « وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية » ، تسوغ القول بأن حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً لا يخضع لحق امتياز بائع المنقول ، مادام هذا الدائن حسن النية أي لا يعلم بوجود امتياز البائع . والرهن الرسمي ، في الفرض الذي نحن بصددهِ ، تالٍ لبيع المنقول . فإذا كان الدائن المرتهن وقت الرهن لا يعلم بوجود امتياز البائع ، فإن حقه يتقدم على حق البائع ، وإلا فإن حق البائع هو الذي يتقدم لأن الدائن لا يكون حسن النية . أما إذا كان الرهن الرسمي سابقاً على بيع المنقول ، فإن الدائن المرتهن يكون غالباً حسن النية إذ قل أن يعلم بوجود امتياز للبائع وقت وضع المنقول في العقار فليست هناك وسيلة لشهر الامتياز على المنقول ، ومن ثم يتقدم حقه على حق امتياز البائع . فإذا أثبت البائع أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت وضع المنقول في العقار بوجود امتياز البائع ، بأن يكون البائع مثلاً قد أخطر الدائن المرتهن بوجود حق الامتياز ، فإن الدائن المرتهن لا يكون حسن النية ، ويتقدم عليه بائع المنقول^(٢)

٣ - إذا نزع ملكية العقار الأصلي للمنفعة العامة ، فإن نازع الملكية يعرض المنزوع ملكيته عن العقار الأصلي وكل ما أدمج فيه إدماجاً مادياً من عقار بطبيعته . أما العقار بالتخصيص فإنه يفصل عن العقار الأصلي ويرد لصاحبه عيناً بدلاً من تعويضه عنه ، ما لم يكن فصل هذا العقار بالتخصيص

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١ .

(٢) انظر في هذه المسألة حسن كيرة فقرة ٢٩ ص ٩٤ - ص ٩٥ والمراجع في أئلهما

بفقدان قيمته انتقاصا محسوما فعند ذلك يأخذه نازع الملكية ويعوض عنه المالك^(١)

٤ - ويمكن القول أيضاً إن العقار بالتخصيص . باعتبار أنه لم يفقد ذاتيته كمنقول ، يجوز أن يكون محلاً لجريمة السرقة . أما العقار بطبيعته فلا تتصور سرقة ، إلا إذا نزع جزء منه فأصبح هذا الجزء منقولا ، وعند ذلك يجوز أن يكون محلاً للسرقة^(٢) .

٢٣ - متى ينتهي التخصيص فتعود للعقار بالتخصيص صفة الأصلية

كنقول بطبيعة : قدمنا^(٣) أن التخصيص لا تكفي فيه إرادة المالك وحدها ، بل يجب فوق ذلك التخصيص الفعلي لخدمة العقار أو استغلاله . وقد كيفنا التخصيص تبعاً لذلك بأنه عمل مختلط ولكن عنصر العمل المادى فيه هو الغالب ، شأن التخصيص في ذلك شأن الاستيلاء . ومن ثم يمكن اعتباره تبعاً لعنصره الغالب واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً^(٤) .

فالأصل إذن أن ينتهى التخصيص بانقطاع المنقول عن أن يكون مرصوداً لخدمة العقار أو لاستغلاله . والعلامة المادية لذلك هو أن ينتزع المالك المنقول من العقار ويخصصه لأغراض أخرى ، فيزول بذلك التخصيص الفعلي وتزول معه إرادة المالك في التخصيص . وفي هذه الحالة الظاهرة تعود للمنقول صفة الأصلية ويرجع منقولا بطبيعته . ما لم يخصص لخدمة عقار آخر فيصير عقاراً بالتخصيص مرة أخرى^(٥) .

(١) بودرى وشوفر فقرة ٩٥ ص ٨٧ - بلانيول وريبير ، بيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨١ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٦٤٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨١ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٦٤٥ ص ٨٧٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٥ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٥ في أماش .

(٥) وقد يكون الذى يفصل المنقول عن العقار هو غير المالك ، كما إذا باع المستأجر للأرض الموائى المرصودة لاستغلالها بغير إذن المالك . فإذا تسلم المشتري الموائى وكان حسن النية ، فإنه يتسلکها بالحيازة إذ تعود الموائى منقولا بطبيعته وتزول عنها صفة العقار بالتخصيص بفصلها عن العقار الأصل . ولذا أن يرجع على المستأجر بالتعويض . أما إذا كان الذى اشترى الموائى هو المستأجر نفسه وقد اشترى من المالك ، ولكنه بقدها مرصودة لاستغلال الأرض ، -

وليس من الضروري لانتهاه التخصيص الفصل المادى للمنتول عن العقار ، بل يكفى أن يتصرف المالك فى المنتول ، مستقلا عن العقار ، أو أن يتصرف فى العقار مستقلا عن المنتول . فإذا باع المالك المواشى المرصودة لاستغلال الأرض ، فإنه يكون بهذا التصرف قد فصل المواشى عن الأرض ، فتصبح المواشى منتمولا بطبيعته ، ويكون البيع هنا بيع منتول لا بيع عقار بما يستتبع ذلك من نتائج قانونية ومنها عدم وجوب الشهر ، وكل ذلك قبل انتزاع المواشى عن الأرض وتسليمها للمشتري^(١) . ولكن هذا إنما يكون فى العلاقة ما بين المالك والمشتري للمواشى ، أما بالنسبة إلى الغير فيجب انتزاع المواشى من الأرض حتى يكون انقطاع التخصيص حجة عليه ، لأن انتزاع المواشى هو العلامة المادية الظاهرة بالنسبة إلى الغير . فلو أن الأرض كانت مرهونة رهنا رسميا ورصدت المواشى بعد الرهن لاستغلال الأرض ، فإنها تصبح عقاراً بالتخصيص وتصبح مرهونة كالأرض . فإذا باعها المالك دون أن ينزعها من الأرض ، فلا يحتج بذلك على الدائن المرتهن ، ويستطيع هذا أن ينفذ على الأرض والمواشى جميعا باعتبارها مرهونة له . أما إذا انتزعت المواشى من الأرض وسلمت للمشتري ، فإن انقطاع صفة العقار عن المواشى يصير حجة على الدائن المرتهن ولا يكون له أن ينفذ على المواشى باعتبارها مرهونة له ، وذلك سواء كان المشتري يعلم بالرهن أو لا يعلم به^(٢) . وهذا بخلاف ما إذا كانت المواشى قد رصدت لاستغلال الأرض قبل الرهن ، فإن انتزاعها من الأرض وتسليمها للمشتري لا يكون حجة على الدائن المرتهن إلا إذا كان المشتري حسن النية أى لا يعلم بوجود الرهن ، فعند ذلك يستطيع

فإنها تعود منتولا بطبيعته بالرغم من رصدها لاستغلال الأرض ، إذ يحتل هذا شرط اتحاد المالك فقد أصبح مالك المواشى غير مالك الأرض . على أنه إذا وجد دائن مرتهن للأرض ، فإنه يحق له أن ينفذ على الأرض والمواشى معاً باعتبارها مرهونة له ، ولا يستطيع المستأجر التمسك بمجازته للمواشى ولو كان حسن النية ، إذ أن حيازته غامضة فهو لم يفصل المواشى عن الأرض بل أبناها مرصودة لاستغلالها . انظر حسن كيرة فقرة ٣٠ ص ٩٩ - ص ١٠٠ .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٢ - وقرب كاربونييه ص ٧٤ .

(٢) وذلك لأن الدائن المرتهن لم يكن يعتمد وقت الرهن على المواشى ، إذ هو لم تخصص

لاستغلال الأرض إلا بعد الرهن .

المشتري أن يتمسك بالحيازة فيما يملكه بالرهن وتخلص له ملكية المواشى خالية من الرهن (١). ويكون للدائن الرهن في هذه الحالة المطالبة بإسقاط الأجل (٢) إذا كان المدين قد أنقص التأمينات إنقاصاً كبيراً. وقد نصت المادة ١٠٤٧ مدني في هذا الصدد على أن « يلتزم الرادن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعرض على كل عمل أو تمصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً . وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يازم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك » . ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدني على أنه « إذا تسبب الراهن بخطأه في دلاك العقار المرهون أو تلفه . كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً » .

وإذا باع المالك الأرض واستبقى المواشى مشروطاً بعدم دخولها في البيع . فإن المواشى تصبح منقولاً بطبيعته لانقطاعها عن أن تكون مرصودة لاستغلال الأرض . وذلك في العلاقة ما بين المالك ومشتري الأرض فلا يجوز لهذا الأخير المطالبة بالمواشى باعتبارها عقاراً بالتخصيص بعد أن زالت عنها هذه الصفة . أما بالنسبة إلى الغير كالدائن المرتهن . فإنه يجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان تخصيص المواشى لاستغلال الأرض تالياً للرهن فلا يكون للدائن المرتهن حق على المواشى إذ هو لم يعتمد عليها وقت الرهن وتبقى الأرض وحدها مرهونة في يد المشتري . وبين ما إذا كان تخصيص المواشى لاستغلال الأرض سابقاً على الرهن فيكون للدائن المرتهن قد اعتمد عليها ومن حقه

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « إذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته . كما إذا باع مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة فوقعت في حيازة مشتر حسن النية . ملكها بالحيازة خالصة من الرهن . ويكون للدائن حق الرجوع على الراهن بالضمان - أما إذا لم يتسلمها المشتري ، أو تسلمها وهو حسن النية . فإنها تبقى مثقلة بحسن الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) . هذا يكون للدائن المرتهن ، فيما إذا تسلم المشتري حسن النية المواشى ، أن يحجز على الثمن تحت يد المشتري . وأن يستعمل حقه في التقدم على هذا الثمن (شمس الدين الوكيل في نظرية التأمينات طبعة ثانية فقرة ٨٣ ص ٢٦٢) .

(٢) بيدان وثواران فقرة ٣٥٤ ص ٢٦٤ - شمس الدين الوكيل في نظرية التأمينات طبعة ثانية فقرة ٨٣ ص ٢٦٠ .

أن ينفذ عليها مع الأرض ، ولا يكون فصل الموائى عن الأرض حجة عليه إلا إذا انتقلت الموائى إلى حائز حسن النية فتخلص له ملكيتها خالية من الرهن ، ويرجع الدائن المرهن في هذه الحالة على المدين بالضمان^(١) .

ومن ذلك نرى أن فكرة العقار بالتخصيص ، أى إضفاء صفة العقار على منقول بطبيعته عن طريق الافتراض القانونى ، فكرة قلقة غير مستقرة . فالمنقول يصير عقاراً بالتخصيص ثم يعود منقولا ثم يصبح عقاراً بالتخصيص فى ظروف شتى ، وهكذا تثبت هذه الصفة ثم تزول ثم تعود ، وتضيق بين ثبوتها وزوالها وعودتها فكرة العقار ، وهى فكرة تنفيذ الثبات والاستقرار .

٢٤ - إظهار الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعة :

وقد دعا ذلك بعض الفقهاء إلى استنكار تغير طبيعة المنقول فيصبح عقاراً عن طريق افتراض قانونى محض يتعارض مع طبيعة الأشياء ، وما ينشأ عن ذلك من صعوبات كثيرة : ويقول پلانيرل وريبير وبيكار فى هذا المبدأ : « إن فكرة العقار بالتخصيص ، وهى مصدر لصعوبات مستمرة ، قد تكون ، من بين خلق القانون الحديث ، هى أبعد الأفكار فى انعدام جدواها »^(٢) .

ولم تكن هذه المذكرة معروفة فى القانون الرومانى على نحو ما عرفت به فى القانون الحديث ، وكان الرومان يشيرون إليها ، لا عند تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول ، بل عند تحديد ما يدخل فى المبيع أو الموصى به من توابع فى بيع المنازل والأراضي أو فى الوصية بها . والذى كانوا يقصدون إليه من ذلك ليس هو إضفاء صفة العقار على المنقول ، بل تحديد ما يتبع المبيع أو الموصى به من ملحقات ليشملها البيع أو الوصية^(٣) . وانتقلت الفكرة إلى القانون الفرنسى القديم ، فى العادات الفرنسية القديمة ، محورة ، حيث اعتبر عقاراً المنقول المرصود لخدمة العقار أو لاستغلاله . ولكنها بدأت محصورة

(١) وإذا انتزع أجنبى الموائى عن الأرض فقدت صفتها كمقار بالتخصيص ، حتى إذا ما أعادها صاحبها إلى الأرض رجعت كما كانت عقاراً بالتخصيص (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠) .

(٢) پلانيرل وريبير وبيكار ٣ - فقرة ٧٧ - وانظر كابونيه ص ٧١ .

(٣) پلانيرل وريبير وبيكار ٢ - فقرة ٧٥ ص ٧٨ - وانظر أيضاً بودرى وشوئو بفرقة ٨٦ ص ٥٤ .

في جزئيات تفصيلية ، وأخذت تم شيئاً فشيئاً ولكن دون أن تنتهي إلى قاعدة عامة ، حتى أن بوتييه نعى على القانون الفرنسي القديم في هذه المسألة انعدام التنسيق وعدم وضع قاعدة عامة تجعل عقاراً المنقولات المرصودة لخدمة الزراعة^(١) . ومع ذلك فإن القانون الفرنسي القديم كان يقسم الأموال إلى عتار ومنقول ، وكان يجعل العتار بالتخصيص عقاراً كالعتار بطبيعته دون تمييز بينهما ، فلم يكن يقسم العتار إلى عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص ، وكان بوتييه يعدد أجزاء العتار وفيها عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص مختلطة بعضها ببعض ، دون أن يميز بين هذا أو ذاك .

والذي ميز في العتار بين العتار بطبيعته والعتار بالتخصيص هو التفتين المدني الفرنسي ، فقد أفرد للعتار بالتخصيص أكثر من نص ، وسجل له اسم « العتار بالتخصيص » . ولما كان ينقل عن بوتييه ، وكان بوتييه كما قلنا يورد العتار بالتخصيص إلى جانب العتار بطبيعته دون تمييز بينهما . فقد أوقع ذلك واضعاً التفتين المدني الفرنسي في الخطأ حيث اعتبروا ما هو عقار بطبيعته في بعض الحالات عقاراً بالتخصيص . كما فعلوا في المادة ٥٢٥ مدني فرنسي^(٢) .

ويذهب كثير من الفقهاء المحدثين إلى أنه كان في الإمكان الاستغناء عن فكرة العتار بالتخصيص بفكرة التبعية ، وبدلاً من إضفاء صفة العتار على المنقول يبقى المنقول على طبيعته ويعتبر تابعاً للعتار الذي رصد المنقول لخدمته أو لاستغلاله ، فلا يجوز الفصل بينهما ماداماً مملوكين للمالك واحد إلا بإرادة هذا المالك^(٣) .

(١) بوتييه في نظام الاشتراك في الأموال في الزواج (régime de communauté) فقرة ٤٤ - وانظر بودري وشوفو فقرة ٥٦ ص ٥٤ - ص ٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥ .

(٢) آنفار بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥ ص ٧٩ .

(٣) جوسران ١ فقرة ١٣٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٦٤٤ - مارتى ورينو فقرة ٣١٥ - دي باج وديكرز ٥ فقرة ٦٤٧ - شنيق شحاته فقرة ٤٥ - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٢ - وقارن كولان وكايتان ودي لا ورانديير ١ فقرة ٩٢٣ - حسن كبيرة فقرة ٢٧ .

وتأخذ بعض التقنينات الحديثة صراحة بفكرة التبعية ، كالتفتين المدني الألماني والتفتين المدني السويسري والتفتين المدني الإيطالي .

وتفضل فكرة التبعية فكرة العتار بالتخصيص في أنها أولاً لا تتعارض مع طبيعة الأشياء فتجعل من المنقول بطبيعته عقاراً ، وفي أنها ثانياً تستدعي من النتائج العملية لفكرة العقار بالتخصيص ما هو حق وتستبعد منها ما هو غير حق .

ولتوضيح هذه النقطة الأخيرة ، نذكر أن أهم النتائج العملية لفكرة العقار بالتخصيص مسائل أربع^(١) . وأولى هذه المسائل هي أنه لا يجوز الحجز على العتار بالتخصيص مستقلاً عن العقار الأصلي . بل يجب توقيع الحجز على العقار الأصلي والعقار بالتخصيص ، ويكون الحجز حجز عقار لا حجز منقول . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق فكرة التبعية دون حاجة إلى فكرة العقار بالتخصيص ، فيقال إن المنقول قد أصبح تابعا للعقار تبعية لا تجز الفصل فيما بينهما ، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الحجز على أحدهما دون الحجز على الآخر ، فإذا ما حجز عليهما معاً تغلبت صفة الأصل على صفة التبعية وكان الحجز حجز عقار لا حجز منقول . والمسألة الثانية أن الرهن الرسمي (وحق الاختصاص) يمتد ليشمل العتار بالتخصيص . وظاهر أن هذه النتيجة يمكن الوصول إليها في كثير من البسر عن طريق فكرة التبعية دون حاجة إلى فكرة العقار بالتخصيص ، فيقال إن الرهن الرسمي يشمل ملحقات للعقار المرهون ومنها المنقولات التي رصدت لخدمة هذا العقار واستغلاله ، دون أن تتغير طبيعة هذه المنقولات فتصبح عقاراً . والمسألة الثالثة أن العقار بالتخصيص يقع العقار الأصلي عند التعامل في هذا العقار بالبيع أو القسمة أو الوصية أو غير ذلك . وهنا أيضاً يمكن في كثير من البسر الاستغناء عن فكرة العتار بالتخصيص بفكرة التبعية ، فيقال إن المنقولات التي رصدت لخدمة عقار أو لاستغلاله تتبع هذا العقار عند التعامل فيه ، دون أن تتغير طبيعة المنقول فتصبح عقاراً . هذه المسائل الثلاث هي النتائج الحقة من فكرة العتار بالتخصيص ، وقد رأينا أنه يمكن فيها الاستغناء عن فكرة العتار بالتخصيص بفكرة التبعية . بقيت المسألة الرابعة ، وهي مسألة شمول رسوم التسجيل العقار بالتخصيص ، فقد رأينا هنا أنه قد دفع الافتراض للقانوني إلى حد غير مقصود . فهذه النتيجة من نتائج فكرة العقار بالتخصيص

لتحجّة غير حقة ، ويمكن توقّفها بإحلال فكرة التبعية محل فكرة العقار بالتخصيص . ففكرة التبعية لا تقتضى تغيير طبيعة المنقول كما قلنا ، فيبقى المنقول المرصود لخدمة العقار أو استغلاله منقولاً على طبيعته ، وإذا انتقلت ملكيته مع العقار الأصل بغير منقولا ، ولم تشمل رسوم تسجيل العقار . ويقول أنصار فكرة التبعية إنه ليس من الضروري أن يشارك المنقول التابع العقار المتبوع في صفته العقارية ، وإنه يستساغ أن يكون المنقول تابعا للعقار مع بقاءه منقولاً على حاله . وهذا متحقق في الفرض العكسي . وهو ما إذا كان العتار هو التابع للمنقول ، فإنه يبقى محفوظاً بطبيعته كعقار ، ولا تقلب تبعيته للمنقول طبيعته فتصير منقولاً . مثل ذلك أن يخصص عقار لخدمة متجر ، فيبقى عقاراً مع أنه تابع لمنقول وهو المتجر^(١) . ومثل ذلك أيضاً الرهن الرسمي فهو عقار لأنه حق عيني مرتب على عقار ، وهو مع ذلك تابع للدين المضمون بالرهن : فهو إذن تابع لمنقول ولم تحل هذه التبعية بطبيعته إذ بقي على حاله عقاراً^(٢) .

المبحث الثاني

المنقول

٢٥ -- المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المال : كما يعرف التقنين المدني

- (١) نقض فرنسي ٢٠ يناير سنة ١٩١٣ سريه ١٩٢٠ - ١ - ٣٣ .
 (٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧ - شفيق شحاته فقرة ٤٥ .
 هذا وإذا كان المنقول بحسب المال هو الذي يقابل العقار بالتخصيص ، من ناحية أن عقاراً بطبيعته اعتبر منقولاً حكماً في المنقول بحسب المال ، وأن منقولاً بطبيعته اعتبر عقاراً حكماً في العقار بالتخصيص ، فليس للمنقول بحسب المال ما يقابله من عقار بحسب المال ، ولا للعقار بالتخصيص ما يقابله من منقول بالتخصيص . أما أن المنقول بالتخصيص لا يوجد ، فذاك واضح بما قدمناه من أن العقار قد يرصد لخدمة المنقول ومع ذلك لا يصبح منقولاً بالتخصيص . كذلك لا يوجد عقار بحسب المال ، فقد قضت محكمة النقض ، في عقد بيع حصة في ملكية طحين ورد ثمنها على أساس الثمن الذي اشترى به البائع الماكينة مع إضافة المصروفات التي استنفق لإقامة مبنى ، تثبيت الماكينة فيه ، بأن البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار (بحسب المال) ، فتثبت الملكية المشتري بمجرد العقد دون تسجيل (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ٩ رقم ١٠٣ ص ١٨٧ - اسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١١٠) .

نوعين من العقار : العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص ، كذلك يعرف نوعين من المنقول : المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل . والعقار بطبيعته يقابله المنقول بطبيعته ، أما العقار بالتخصيص فلا يقابله منقول بالتخصيص . ذلك أنه إذا رصد بمقار خدمة منقول . كالرهن الرسمي يؤمن ديناً . فقد قدمنا^(١) أن العقار يبقى محفوظاً بطبيعته كعقار . ولا تقلبه تبعيته للمنقول فيصير منقولاً بالتخصيص . ولكن إذا كان لا يوجد منقول بالتخصيص يقابل العقار بالتخصيص . فقد ذكرنا^(٢) أن هناك في المنقول ما يقابل العقار بالتخصيص وهو المنقول بحسب المآل . فالعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته اعتبره القانون بسبب تخصيصه عقاراً كما سبق القول ، والمنقول بحسب المآل هو عقار بطبيعته اعتبره القانون بحسب مآله منقولاً إذ هو موشك أن يصبح منقولاً ، ولذلك سمي منقولاً بحسب المآل .

والأصل في المنقول — كالأصل في العقار — أن يكون منقولاً بطبيعته . وهناك حالات خاصة استثنائية يصبح فيها العقار بطبيعته منقولاً بحسب المآل كما سئرى ، ويصبح فيها المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص كما رأينا . فعندنا إذن نوعان من المنقول : المنقول بطبيعته وهو الأصل ، والمنقول بحسب المآل وهو الاستثناء .

المطلب الأول

المنقول بطبيعته

(Meuble par nature)

٢٦ — تعريف المنقول بطبيعته : قدمنا^(٣) أن التقنين المدني لم يعرف المنقول بطبيعته تعريفاً مباشراً كما فعل في تعريف العقار ، بل اقتصر على أن يقول في آخر الفقرة الأولى من المادة ٨٢ مدني : « كل ما عدا ذلك (أى ما عدا العقار) من شيء فهو منقول » . فكل ما ليس بمقاراً بطبيعته أو عقاراً

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤ في آخرها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥ في آخرها وفقرة ٢٤ في آخرها في الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥ .

بالتخصيص يكون منقولاً بطبيعته . وتعرفه المادة ٦٢ مدنى عراقى تعريفاً مباشراً بأنه « كل شيء يمكن نقله ونحويله دون تلف ، فيشمل النقود ، والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة » . كما تعرفه المادة ٥٢٨ مدنى فرنسى على الوجه الآتى : « تكون منقولات بطبيعتها الأشياء التى يمكن أن تنتقل من مكان إلى آخر ، سواء لأنها تتحرك بذاتها كالحیوانات ، أو لأنها لا تستطيع تغيير مكانها إلا بتأثير قوة أجنبية كالأشياء غير الحية » .

فالمنقول بطبيعته هو إذن كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف ، فهو بخلاف العقار بطبيعته غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه ، فالحيوانات كلها منقول ، وكذلك العروض ، والمكيلات والموزونات ، والأكرلات والمشروبات ، وأثاث المنزل ، والبضائع ، والكتب والورق والأفلام ، والسيارات والمركبات ، والسفن والمراكب والطائرات ، وأكشاك الاستحمام المقامة من خشب دون أن يكون لها أساس ثابت فى الأرض ، وأكشاك الأسراق والمعارض ، وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة ، والأكشاك الخشبية والمباني التى تقام مدة الأعياد والموائد إذا لم تثبت فى الأرض (١) .

ولا يمنع صفة المنقول أن يكون الشيء قد وضع فى مكان معين لا ينتقل منه ، مادام يمكن نقله إلى مكان آخر دون تلف إذا أريد ذلك . فالعبرة ليست إذن بانتقال الشيء فعلاً من مكان إلى آخر ، بل بإمكان انتقاله حتى لو كان ثابتاً فى مكان واحد . فالعوامات مثلاً منقول (٢) ، وهى عادة تستقر فى مكان لا تغادره ، ولكن يمكن نقلها إلى مكان آخر دون أن تتلف . والمعديات وهى مراكب صغيرة تنقل الناس من أحد شاطئى النهر إلى الشاطئ الآخر فى مكان معين من النهر لا تغيره عادة ، هى منقولات بطبيعتها لأنها تتحرك دون أن تتلف ، وإن كانت تازم مكاناً معيناً . وفى بعض البلاد كفرنسا تقام الحمامات (bains) والمغاسل (lavoirs) والمطاحن (moulins) على ضفة النهر فوق المراكب ، دون أن يكون لها أساس ثابت بل تشد

(١) انظر آتفا فقرة ١١ .

(٢) مصر مستعمر ٣٠ يولييه سنة ١٩٤٨ الخطة ٢١ رقم ٥٧ ص ٩٩ .

عادة بجبال ، فهذه أيضاً تكون منقولا بطبيعته وإن كانت تلزم مكاناً معيناً دون أن تتحرك ، لأنه يمكن تحريكها ونقلها إلى مكان آخر دون أن تتلف (١)

٢٧ - التيار الكهربائي والغاز ومواد البناء وأجزاء البناء المهترمة :

والرأي السائد ، في مصر وفي فرنسا ، أن التيار الكهربائي والغاز ، متى أصبحا مملوكين بسبب الاستحواز عليهما ، يعتبران من المنقولات بطبيعتها ، ويجوز أن يكونا محلاً للسرقة (٢) . وهذا بخلاف الأمواج الكهربائية المولدة للراديو ، فهي لا تصلح في حالتها الحاضرة للتملك (٣) .

ومواد البناء المتجمعة والمعدة لتشييد البناء تعتبر منقولا بطبيعته مادامت لم تشيد ، فإذا ما شيدت أصبحت عقارا بطبيعته . وفي أثناء التشييد ، ما شيد منها يكون عقارا ، وما لم يشيد يبقى منقولا . وإذا تهدم جزء من البناء ، سواء بقوة قاهرة أو بصنع صانع ، فإن الانقاص المهدمة تصبح منقولا ، حتى لو كان المالك هو الذي قام بالهدم وقصد إعادة البناء وأعادته فعلا . وتنص المادة ٥٣٢ مدني فرنسي صراحة على هذا الحكم فتقول : « الانقاص الناتجة من هدم أحد الأبنية ، والمواد المتجمعة لتشييد بناء جديد ، تكون منقولا إلى أن يستخدمها في تشييد البناء » (٤) . ولكن بلاحظ أن المالك قد ينزع جزءاً

(١) ديمولوب ٩ فقرة ٣٩٧ - لوران ٥ فقرة ٤٩٨ - بودرى وشوفو فقرة ١٢١ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٢ - ص ٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٦٧٦ .

(٢) نقض جنائي ٦ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ - ٢٠ - ٢٠ - نقض فرنسي جنائي ٣ أغسطس سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٣ - ١ - ٣٢٧ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٩ جازيت دي پاليه ١٩٤١ - ٢ - ٦٥ - إكس ١٢ يوليو سنة ١٩٣٧ جازيت دي پاليه ١٩٣٧ - ٢ - ٧٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٢ - بيدان وفواران فقرة ١٤١ - محمد علي عرفة فقرة ٩٩ - حسن كبيرة فقرة ٣٢ ص ١٠٣ .

(٣) Sundemont رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - Dugent رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٠ - Casals رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ - وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٢ هاش ١ مكرر - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٦٧٨ .

(٤) انظر أيضا فقرة ١١ في المائش .

من البناء لإصلاحه وإعادةه بعد ذلك إلى مكانه ، كأن ينزع الشبايك أو الأبواب أو المواسير أو نحو ذلك لإصلاحها ثم إعادةها ، ففي الفترة التي يبقى فيها هذا الجزء منتزعا يبقى عقاراً كما كان قبل انتزاعه ولا يصير منقولاً ، لأن هذه الفترة عارضة مؤقتة وسيعود الجزء إلى مكانه الأول كما كان . وهناك فرق واضح بين هدم البناء لإعادة حيث تصبح الأنقاض في فترة هدمها منقولاً كما سبق القول ، وبين انتزاع (لا هدم) جزء من البناء محدود المعالم وإصلاحه ثم إعادةه إلى مكانه حيث يبقى هذا الجزء عقاراً حتى في فترة انتزاعه كما قدمنا (١) .

٢٨ - المنقولات الخاصة للغير أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة (*) :

أهم هذه المنقولات هي السفن والطائرات ، فهي وإن كانت منقولات تتحرك من مكان إلى مكان دون تلف ، إلا أنها أضخم وأعلى قيمة من كثير من العقارات ، والمهم فيها أنه يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير ، تقيد فيه السفينة أو الطائرة كما تقيد التصرفات الواردة على أي منها . والقيد (immatriculation) هنا يعدل التسجيل (transcription) أو القيد (inscription) في العقارات .

وقد وردت نصوص في التقنين البحري صريحة في أن السفن وغيرها من المراكب البحرية ، كبيرة كانت أو صغيرة ، تعتبر منقولاً بطبيعته . فنصت المادة ٤ من هذا التقنين على أن « السفن التجارية وغيرها من المراكب البحرية ، وإن كانت من المنقولات ، إلا أنه يبقى حق الدائن عليها مثل العقارات إذا انتقلت إلى يد غير مالِكها .. » . وقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٧ هامش ١٩ - بودري وشوفو فقرة ١٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٦٧٧ - محمد علي عرفة فقرة ٤٨ - حسن كبيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ - نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ١ - ٣٥٣ - عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٣٩ ص ٥٤ - إسماعيل غانم في النظرية العامة في الحق ص ٩٢ (يعتبر الجزء المنتزع من البناء منقولاً ولكنه يكون ملحقاً بالبناء) - وانظر آنفاً فقرة ١١ في الهامش .

(٥) انظر في هذه المسألة بحثاً ممتازاً في روح الفكاهة للأستاذ علي محمد البارودي تحت عنوان « حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » ، وهو منشور في « كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية » السنة العاشرة المجلد الثالث والرابع .

تسجيل السفن التجارية ، وينص في مادته الأولى على أنه « لا يجوز لأى سفينة أن تسير في البحر تحت العلم المصري ، إلا إذا كانت مسجلة وفقاً لأحكام هذا القانون » . ثم تبين المواد التالية كيف يكون التسجيل ، فيجب على مالك السفينة أن يقدم طلباً لتسجيل سفينته يتضمن بيانات معينة أهمها بيان الرهن والحجوز التي وقعت على السفينة إن وجدت ، وتدون هذه البيانات في سجل خاص معد في مكاتب التسجيل يسمى « سجل السفن » ، وتسلم مصلحة النقل للمالك السفينة بعد تسجيلها شهادة تسجيل مصرية ، وبموجب هذه الشهادة يجوز تسير السفينة . ثم صدر القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهن البحرية . وقد أعد أخيراً مشروع نهائى للتقنين البحرى ، جاء في المادة ٢ منه : « تعتبر السفينة منقولة تسرى عليه التواعد القانونية العامة والتواعد الواردة في هذا القانون » . وبالرغم من اعتبار السفينة منقولة إلا أنها أخضعت لنظام من التسجيل يشبه إلى حد بعيد نظام التسجيل في العقار ، بل ويزيد عليه في أنه تسجيل عيني باسم السفينة ذاتها لا تسجيل شخصى باسم مالك السفينة . وتنص المادة ٨ من هذا المشروع على أن « التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية على السفينة أو غيره من الحقوق العينية يجب أن تتم بورقة رسمية أو بمقتضى حكم نهائى . فإذا وقعت هذه التصرفات في بلد أجنبى وجب تحريرها أمام قنصل الجمهورية العربية المتحدة أو أمام الموظف المحلى المختص عند عدم وجوده . ولا تكون التصرفات والأحكام المذكورة نافذة بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، ما لم تشهر طبقاً للأوضاع المتررة في القانون » . وقد نظم الرهن البحرى على غرار الرهن الرسمى الذى لا يكون إلا في العقار . وهنا أيضاً نجد السفينة تشارك العقار لا المنقول في خصائصه .

وقد صدر في شأن الطيارات وتنظيم الملاحة الجوية المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ . تنص المادة الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوى الذى يعلو أراضيها ، وتشمل كلمة أراضي المياه الإقليمية » . وتنص المادة ٢ على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » . وقضى المرسوم الصادر في ٢٣ ماير سنة ١٩٣٥ . وهو يوم صدور المرسوم بقانون - ألف الذكر ،

بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضي المصرية أو أن تهبط عليها دون أن تحصل مقدماً على ترخيص بذلك من وزير المواصلات . ولا يوجد في مصر تشريع عام للطيران على غرار القانون الفرنسي الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ ، ولكن مصر ارتبطت باتفاقية شيكاغو المبرمة في ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ . فأصبحت أحكام هذه الاتفاقية مارية المفعول فيها ، ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات الخاصة لإجراء التسجيل في سجل خاص على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن (١) .

ونرى مما تقدم أن السفن والطائرات ، وإن كان لا شك في أنها منقولات ، تخضع ، نظراً لأهميتها وإمكان إيجاد مقر ثابت لها تسجل فيه ، لكثير من أحكام العقار (٢) ،

(١) محمد علي عرفة فقرة ٩٦ ص ١١٤ - وانظر في اتفاقية شيكاغو الدولية ضياء الدين صالح : محاضرات في قانون الطيران على الآلة الكتابة ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠١ ص ١٠٣ - بلانيول وريبير وبلانجييه ١ فقرة ٣٣٨١ - ٣٣٨٤ .

ويقول الأستاذ علي محمد البارودي في صدد المنقولات ذات الطبيعة الخاصة في بحثه السابق الإشارة إليه : « هذه المنقولات يجمعها أنها لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وهي القاعدة التي تنطبق على سائر المنقولات . وقد كان المشرع الفرنسي أسبق من المشرع المصري في الاستفادة من هذه الطبيعة الخاصة ، إذ سارع بتنظيم الرهن عليها دون نقل حيازة . فبدأ بالسفينة في ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٤ ، ثم المحال التجارية في أول مارس سنة ١٨٩٨ ، ثم المركب النهرية في ٥ يولييه سنة ١٩١٧ ، فالطائرات في ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ ، والسيارات في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ، والأفلام السينمائية في قانون ١٢ يونيه سنة ١٩٤٤ . أما في القانون المصري ، فإن هناك مثلين رئيسيين للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، هما السفينة التي لا تخضع لقاعدة الحيازة والتي نظم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهنها على غرار الرهن الرسمي على العقار ، والمحل التجاري وهو بدوره لا يخضع لقاعدة الحيازة وقد نظم المشرع المصري بيده ورهنه بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ (ص ٣٥ من البحث المشار إليه) .

ثم يقول « وكنت الطبيعة الخاصة التعيين الذاتي ، فهذه المنقولات تتميز بأنها تحمل في داخلها ، في كيانها ذاته ، دون حاجة إلى أي عنصر خارجي ، وسائل التعيين التي تكتفي بتمييزها عن غيرها من المنقولات صفة التعيين الذاتي تمهد للمشرع سبيل تنظيم شهر الحقوق العينية عليه بغض النظر عن واقع الحيازة . والحقوق العينية التي نقصدها هنا لا تقتصر على حق الملكية ، وإنما تمتد إلى الحقوق الأخرى أصلية أو تبعية ، كالانتفاع أو الرهن (وشهر الرهن بصفة خاصة بانع الأهمية في العمل) ، إذ يستطيع المشرع أن يوجب قيد هذه الحقوق في سجل تبين فيه عناصر التعيين التي تميز المنقول ، حتى تسري على الغير . . . ويشهد الشبه حينئذ بين نظام الشهر =

في المقار ونظامه في المنقولات المينة تمينا ذاتيا . وهذا ما فعله المشرع المصري بالنسبة للمينة ، وبالنسبة لمحل التجارى ، (ص ٥٣ - ص ٦٠ من البحث المشار إليه) .
ويخرج الأستاذ البارودى من ذلك إلى انتقاد تقسيم الأشياء إلى عمار ومنقول ، ثم يقترح تقسيما آخر أساسه التمييز الذاتي .

أما عن انتقاد تقسيم الأشياء إلى عمار ومنقول ، فهو يستظهر ما في فكرة المقار بالتخصيص وفكرة المنقول بحسب المآل من تعارض مع أساس التقسيم . ففي المقار بالتخصيص نرى منقولا يعتبر عقارا ، وفي المنقول بحسب المآل نرى على العكس من ذلك عقارا يعتبر منقولا . وحتى في المقار بطبيعته ، كالأبواب والشبابيك والنباتات ، يمكن نقل هذه المقارات دون تلف ، ويقول في هذا الصدد : « لسنا في حاجة إلى التخصيص في فن التجارة لكي ندرك مدى السهولة التي ينفصل بها الباب أو النافذة عن البناء بدون تلف أو حتى شبهة في تلف . فنحن نعلم - في غير زعم - أن الأبواب والنوافذ لا تتصل بالبناء إلا عن طريق مفاصل تدور حولها هذه الأبواب والنوافذ في حركتها بين الفتح والإغلاق ، ويتخلل عنها جسم الباب أو النافذة إذا رفعنا هذا الجسم قليلا إلى أعلى .. أما النباتات ، فهي تنقل بالفعل بغير تلف . ولا تقتصر هذه الصفة على نباتات المشاتل الصغيرة ، بل إن غالبية الأشجار ، حتى الفسحة منها ، لا تموت إذا اقتلعت عن الأرض لفترة معينة بحيث يمكن غرسها في مكان آخر بدون تلف أو حتى شبهة في تلف .. ومن حسن الطالع أن الفقهاء يتحفظون فيقررون أن هذه النباتات والأبواب والشبابيك والنوافذ والميازيب تظل كلها عقارات بالطبيعة مادامت متصلة بالأرض أو بالبناء ، فإذا انفصلت عن أصلها اعتبرت منقولات . هذا التحفظ ضرورى إلى أبعد حد ، ولولاه لأمكن أن نرى في الطريق نجارا أو مزارعا يحمل تحت إبطه أو بين كفيه عقارا بالطبيعة ، فلا ينوء بما يحمل » (ص ٨٧ - ص ٨٨ من البحث المشار إليه) .
أما التقسيم الآخر الذى يقترحه الأستاذ البارودى ليحل محل تقسيم المال إلى عمار ومنقول ، فيقوم أساسا على فكرة التمييز الذاتي . فعنده أن « الأموال تنقسم إلى قسمين كبيرين : (أ) أموال تحتفظ لنفسها ، في كيانها ، بعناصر التمييز الذاتية التي تكفل تمييزها عن غيرها من الأموال الأخرى ، وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى عنصر خارجي . (ب) أموال لا تحتفظ بعناصر تمييز كافية لتمييزها ، فنحتاج في سبيل ذلك إلى الالتجاء إلى عنصر خارجي عنها ، وهو بصفة عامة حيازة الإنسان » (ص ١٠٧) . ثم يقول : « نستطيع أن ننتين حتى الآن أربع وسائل تؤدي إلى أن يكتسب المال صفة التمييز الذاتي : (أولا) الثبات الطبيعي ، وهو وسيلة المقارات إلى التمييز الذاتي . (ثانيا) كون المال مجموعة واقعية لا يتصور أن تتكرر عناصرها بغير اختلاف . وهذه للوسيلة تدخل المحال التجارية والأفلام السينمائية وغيرها من المجموعات في نطاق الأموال المينة تمينا ذاتيا . (ثالثا) كون المال حقا ثابتا في ذمة شخص معين ، إذ يتميز الحق بتعيين شخص المدين . وتلك وسيلة الحق - أو الأموال المعنوية - إلى الدخول في نطاق الأموال المينة تمينا ذاتيا . (رابعا) اكتساب المال صفة التمييز الذاتي بوسائل صناعية تستند أساسا إلى حماية المشرع وتنظيمه ، كالسفن والماكب التي ينظم المشرع حالتها المدنية من اسم وجنسية وميناء تسجيل النخ ، وكالسيارات التي يحددها المشرع بنوعها ورقمها . وفي هذه الوسيلة الرابعة للتمييز الذاتي ، أي تلك التسمية للصناعية التي تستند إلى حماية المشرع وتنظيمه ، نجد مفتاح الحركة في هذا التقسيم الجديد وقابليته للمسترة للطور ، واستمداده الدائم لأن يتلى بين تسمية الكبيرين أى مال جديد ، وأن ينقل من »

وبخاصة في التسجيل والرهن^(١).

المطلب الثاني

المنقول بحسب المال^(*)

(Meuble par anticipation)

٢٩ - نصوص متفرقة : لا يوجد في التقنين المدني المصري ، كما لا يوجد

أحد قسمه إلى القسم الآخر ، في غير حدود ، الأموال التي تفقد صفة التمين الذاتي لسبب أو لآخر ، أو الأموال التي تكتسب بوسيلة صناعية مستحقة صفة التمين الذاتي التي لم تكن لها من قبل .. هذا يخلص التمسك الجديد من الجود الذي وقع فيه التقسيم إلى عقار ومنقول ، حين ارتكز على وسيلة الثبات وحدها .. فكان هذا العجز الواضح الذي أصابه حين أظهر التطور وسائل أخرى لتمييز الذاتي . وهو عجز أثار وما يزال يثير مشكلة المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، تلك المشكلة التي نرجو مخلصين أن يوضح بحثنا هذا حلها الأخير (ص ١٠٧ - ١٠٨)

وقد يكون الاستاذ البارودي شديد التفاؤل وهو يحسب أن تقسيمه المقترح قد وضع لمشكلة المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، حلها الأخير . ولعله يكون قد بالغ في تصوير هذه المشكلة ، فقد يرد عليه أن هذه المشكلة ليست من الجسامة بحيث تهدم تقسيما جوهريا كتقسيم المال إلى عقار ومنقول ، درجت عليه كل النظم القانونية منذ القانون الروماني إلى الوقت الحاضر ، مع تطور في أهمية هذا التقسيم . فهو تارة يبدو تقسيما ثانويا كما هو الأمر في القانون الروماني ، وهو طوراً يكتب أهمية خاصة لظروف اجتماعية واقتصادية كما هو الأمر في القانون الفرنسي القديم ، وهو أخيراً تدخله تعديلات هامة أو غير هامة ، كأن تلحق صفة العقار بالمنقول كما في العقار بالتخصيص ، أو صفة المنقول بالعقار كما في المنقول بحسب المال ، وكأن تبرز أهمية بعض المنقولات كالسفينة والطائرة فيوضع لها تنظيم يماثل تنظيم العقار كما هو الأمر في المصور الحديثة . ولم يكن الوقت الذي يهدم فيه تقسيم المال إلى عقار ومنقول ، بل سبق هذا التقسيم - وقد أومأ أعاصير الزمن - قانما زمنا طويلا . ولعل الأستاذ البارودي نفسه قد أحس ذلك عندما يقول : « ولا يؤثر في أهمية هذا الاعتبار الجوهري استمرار بقاء تقسيم العقار والمنقول في صدر القانون المدني المصري ، فأغلب الظن أنه سبق أمداً طويلا (ص ١٢٥) » . ولتتنا مع ذلك لا يسعنا إلا أن نسجل لبحث الأستاذ البارودي مزية الابتكار وجدة التفكير . وإذا كانت الفكرة التي تقدم بها ، فكرة التمين الذاتي ، لا يبيها في الوقت الحاضر أن تهدم تقسيما تقليديا صلبا ، فلا أقل من الاستعانة بها لتبرير إلحاق المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بالعقار في نظم انفرد بها العقار ، فهذه المنقولات تشارك العقار في أنها مثله كسبت صفة التمين الذاتي ، وفي هذا ما يبرر إخضاع هذه المنقولات لبعض النظم التي يخضع لها العقار .

(١) وهناك طائفة من المنقولات هي الأوراق لحاملها (titres au porteur) ، وتتميز بأن حيازتها المادية تقوم قرينة قاطعة على ملكيتها . ومن ثم يتجسد الحق في السند ويصبح منقولا مادام نرى عليه قواعد للمنقولات المادية ، بخاصة القاعدة التي تقتضي بأن الحيازة في المنقول سند للملكية (بلانبول وريبير وبولانجي ١ - فقرة ٢٦٨٦ - فقرة ٢٦٨٧) .

(٥) انظر Prévost في المنقولات بحسب المال رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ .

في التقنين المدني الفرنسي ، نص عام يضع نظرية المنقول بحسب المال ، كما وجد هذا النص في نظرية العقار بالتخصيص ، بل إن التعبير نفسه « المنقول بحسب المال » هو من صنع الفقه لا التشريع .

ولكن هناك نصوصا متفرقة ، في التقنين المدني وفي تقنين المرافعات ، تطبق النظرية في حالة خاصة هي حالة المحصول الزراعي ، فتعتبر هذا المحصول منقولا قبل أن يفصل عن الأرض لأغراض معينة . فيكون المحصول وهو عقار بطبيعته منقولا حكما ، لأن ما له الحتمى هو أن يفصل عن الأرض ، فهو إذن « منقول بحسب المال » .

وأول هذه النصوص هو نص المادة ١/١١٤٢ مدني ، ويجرى على الوجه الآتي : « المبالغ المنصرفة في البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول التي صرفت في إنتاجه ، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة » . فهنا يحدد النص حقوقا معينة هي ما صرف في أعمال الزراعة والحصاد بوجه عام ، وما صرف في البذر والسماد ومواد التخصيب الأخرى والمواد المقاومة للحشرات بوجه خاص ، ويجعل هذه الحقوق ممتازة على المحصول الزراعي الذي صرفت في إنتاجه . والامتياز هنا امتياز على منقول ، فقد اعتبر المحصول الزراعي وعاء الامتياز منقولا بحسب المال لأنه حتما سيحصد ، فتكون الحقوق مألقة الذكر ممتازة وامتيازها قائم على منقول .

والنص الثاني هو نص المادة ١/١١٤٣ مدني ، ويجرى على الوجه الآتي : « أجرة المبنى والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قات عن ذلك ، وكل حق آخر للموَجَر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي » . والذي يعنينا هنا هو إيجار الأراضي الزراعية ، فكل حق لموَجَر الأرض الزراعية ناشئ عن عقد الإيجار ، وبخاصة الأجرة لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، له امتياز على المحصول الزراعي . والامتياز امتياز على منقول ، فقد نظر هنا أيضاً إلى المحصول الزراعي باعتباره منقولا بحسب المال إذ ما له الحصد حتماً .

والنص الثالث هو نص المادة ٤٩٩ مرافعات ، ويجرى على الوجه الآتى :
 « لا يجوز حجز الثمار المتمثلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من
 خمسة وخمسين يوما ، وإلا كان الحجز باطلا . والحجز هنا حجز منقول ،
 بالرغم من أنه حجز ثمار متصلة بالأرض ومزروعات لا تزال قائمة ولم تحصد
 وإن كان الباقي على نضج الثمار والمحصولات مدة لا تزيد على خمسة وخمسين
 يوما . فالثمار والمزروعات لا تزال إذن عقاراً بطبيعته لاتصالها بالأرض ،
 ولكن حجزها هو حجز منقول لأنه نظر إليها باعتبارها منقولا بحسب المآل
 إذ لا بد من حصدها في مدة لا تزيد على خمسة وخمسين يوما .

ويمكن أن يستخلص من هذه النصوص قاعدة عامة : واعتبار هذه
 النصوص مجرد تطبيق لها . وهذه القاعدة هي : حيث ينظر القانون (في
 حقوق الامتياز وفي حجز المنقول) ، أو المتعاقدان (في بيع المحصول والثمار
 وخشب الأشجار وأنقاض البناء ومنتجات المناجم والمهاجر) ، إلى عقار
 بطبيعته على أنه موشك أن يؤول منقولا بحصده أو هدمه أو قطعه أو
 اقتلاعه ، ويجرى التعامل على أساس أبولة العقار منقولا ، فإن العقار بطبيعته
 يأخذ عندئذ حكم المنقول ، ويكون منقولا بحسب المآل .

ونبحث الشروط الواجب توافرها ليكون العقار بطبيعته منقولا بحسب
 المآل ، ثم نستعرض تطبيقات معينة للمنقول بحسب المآل في أربع حالات :
 المحصول والثمار ، بيع خشب الأشجار ، بيع أنقاض البناء ، بيع منتجات
 المناجم والمهاجر .

٣٠ — شروط المنقول بحسب المآل : يستخلص مما قلناه أن هناك
 شرطين يجب توافرها ليكون العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل . فيجب
 أولا أن يكون التعامل في العقار بطبيعته ، في نظر المتعاقدين أو في نظر القانون ،
 قد جرى لا على أساس حقيقة العقار في الحال ، بل على أساس ما يصير إليه
 في المآل . ويجب ثانيا أن يكون المصير المحقق القريب لهذا العقار هو أن يصبح
 بالفعل منقولا :

١ — فيجب أن يكون التعامل قد جرى لا على أساس حقيقة العقار في الحال
 بل على أساس ما يصير إليه في المآل : فإذا باع صاحب المحصول أو الثمار

محصوله أو ثماره لمشتري ، فكل مهما قد نظر في هذا التعامل إلى المحصول أو الثمار لا على أنه متصل بالأرض أو قائم على الشجر ، بل على أنه قد تم حصده أو قطنه فأصبح منقولاً ، فهما يتبايعان في منقول لا في عقار . وكذلك إذا نظر القانون إلى المحصول أو الثمار من ناحية إمكان الحجز عليه حجز منقول (saisie - brandon) ، فإنه ينظر لا إلى محصول متصل بالأرض أو إلى ثمار قائمة على الشجر ، بل إلى محصول قد تم حصده أو إلى ثمار قد تم قطعها . والعقار بطبيعته الشيء سيصبح منقولاً هو عقار متصل بالأرض ، كالمحصول والثمار والشجر والبناء والمعادن والأحجار في بطون المناجم والمحاجر . وليس من الضروري أن يتعامل المالك في هذا العقار مستقلاً عن الأرض ، فقد يبيع الأرض والبناء معاً على أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى هدم البناء ، فيكون المشتري في هذه الحالة قد اشترى البناء باعتباره منقولاً بحسب المال بالرغم من أنه اشتراه غير مستقل عن الأرض ، وعلى العكس من ذلك قد يبيع صاحب البناء البناء مستقلاً عن الأرض دون أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى هدم البناء ، فيكون البناء في هذه الحالة عقاراً على أصله بالرغم من أنه بيع مستقلاً عن البناء^(١) .

٢ - ولا يكفي أن يكون التعامل قد جرى على أساس ما يصير إليه العقار في المال ، بل يجب فوق ذلك أن يكون المصير المحقق القريب للعقار هو أن يصبح منقولاً . فالإرادة وحدها لا تكفي لإضفاء صفة المنقول على العقار ، كما أنها لم تكف لإضفاء صفة العقار على المنقول في العقار بالتخصيص . وكما وجب في العقار بالتخصيص أن يقوم الواقع إلى جانب الإرادة وأن يخصص المنقول بالفعل لخدمة العقار أو استغلاله ، كذلك يجب في المنقول بحسب المال أن يقوم الواقع إلى جانب الإرادة وأن يكون العقار معداً بالفعل للانفصال عن الأرض في مستقبل قريب وأن يكون مصيره المحتوم هو هذا الانفصال . وقد يستخلص هذا المصير المحتوم من طبيعة الأشياء ، كما في المحصول والثمار ،

(١) Fréjaville ص ٦٧ - ص ٧٠ - حن كبيرة فقرة ٣٤ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ -

عبد المنعم البدراوي في المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٥٨ ص ٢٠٧ - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٩٥ - ص ٩٦ - منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٢٦٠ .

فهذه ليست معدة للبناء في الأرض ، بل هي لا شك ستفصل عنها وتصبح منقولا عندما يتم تشييدها . كما يجوز أن يستخلص المصير المحتوم من الإعداد الفعلي من جانب المالك للعقار الذي سيبيع منقولا . فصاحب الأشجار ، إذا باع خشبها بعد أن أعد الشجر للقطع ، يكون بهذا الإعداد قد جعل المصير المحتوم للخشب أن يفصل عن الشجر ، بحيث لا يتصور تنفيذ البيع بدون هذا القطع . كذلك صاحب البناء ، إذا باعه أنقاضا ، يجب أن يكون قد أعد البناء للهدم فعلا ، إذ لا يتم تنفيذ البيع بغير هذا الهدم . وينبني على ذلك أن ميعاد تحويل العقار إلى منقول يجب أن يكون محددا ، أو في التليل قابلا للتحديد ، وأن يكون هذا الميعاد قريبا ، فإذا لم يكن مصير العقار محققا على هذا النحو ، لم يجوز اعتباره منقولا بحسب المال^(١) . ومن ثم إذا اشترط المالك على المستأجر أن يهدم عند نهاية الإيجار المباني التي يكون قد أنشأها ، محفظا لنفسه بحق استبقائها إذا أراد في مقابل دفع قيمتها ، فإن هذه المباني تعتبر عقارا بطبيعته لا منقولا بحسب المال ، لأن مصيرها غير محقق ، فقد تهدم فتصبح منقولا ، وقد يستبقها المالك فتبقى عقارا^(٢) .

فإذا نوافر الشرطان سالف الذكر ، فإن العقار يكون منقولا بحسب المال ، وتنطبق عليه أحكام المنقول كما سنرى في التطبيقات التي سنورد هنا . ويلاحظ أن العقار الذي يعتبر منقولا بحسب المال ليس شيئا مستقبلا (chose future) لم يوجد بعد ، بل هو شيء حاضر موجود فعلا . والأمر المستقبل فيه ليس هو وجوده بل هو صفته كمنقول ، فهو في حقيقته عقار في الحال ومنقول في الاستقبال^(٣) .

(١) Fréjaville ص ٧٩ - ص ٨٩ - حن كيرة فقرة ٣٤ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - عبد المنعم البدرأوى في المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ - إساعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٩٦ - منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٢٦٠ .

(٢) نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦ ص ٩٣ - حن كيرة فقرة ٣٤ ص ١٠٨ - ١٠٩ - بل إن البناء الذي أقامه المستأجر في العين المؤجرة لينتفع به مدة الإيجار ، محفظا لنفسه بحق هدمه عند انتهاء المدة ، يعتبر عقارا بطبيعته ، لأن المستأجر وقت أن أقام اعتراف الانتفاع به كمعار (ديمولومب ٩ فقرة ١٠٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٣٠) .

(٣) بيدان وثراران ، فقرة ١٠٨ - دي باج وديك ز ٥ فقرة ٧٢٨ - باريول وريبي -

وننتقل الآن إلى التطبيقات المختلفة للمنقول بحسب المال .

٣١ - المحصول والثمار : المحصول وهو لا يزال متصلاً بالأرض ،

والثمار وهي لا تزال قائمة على الأشجار ، كل هذا يعتبر في الأصل عقار بطبيعته كما سبق القول^(١). ولكن قد يصبح المحصول والثمار منقولاً بحسب المال ، إذا نظر إليه القانون أو المتعاقدان باعتبار مصيره المحتوم ، فهو غير باق في الأرض ولا بد أن يفصل عند نضجه .

ويتحقق أن يكون المحصول والثمار منقولاً بحسب المال في حالة الحجز وفي حالة البيع^(٢) .

أما في حالة الحجز فقد رأينا أن المادة ٤٩٩ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وخمسين يوماً ، وإلا كان الحجز باطلاً » . والمفروض هنا أن الحجز هو حجز المنقول . والأصل أن دائي المالك ، إذا أرادوا التنفيذ بطريق الحجز على ما للمالك من محصول وثمار لا تزال متصلة بالأرض أو بالشجر ، وجب أن يكون الحجز هو الحجز العقاري لا حجز المنقول ، لأن المحصول والثمار تعتبر عقاراً بطبيعته مادامت متصلة بالأرض والشجر . ولكن القانون ، رعاية لمصلحة الدائنين ، أجاز النظر إلى المحصول والثمار باعتبارها منقولاً بحسب المال ، فجعل الحجز عليها حجز منقول لا حجز عقار ، وهو حجز أقل كلفة وأبسط في الإجراءات ، بشرط أن يكون المحصول والثمار قد قاربت النضج ولم يبق أكثر من خمسة وخمسين يوماً على تمام نضجها^(٣).

= وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٧ - پلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٦٨٤ ص ٨٨٦ .
حسن كيرة فقرة ٣٣ ص ١٠٤ - ص ١٠٥ - اسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٩٧ .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠ .

(٢) ومثل البيع عقود أخرى كالمبة والشركة والتقسمة ، ولكن البيع هو أهم هذه العقود وأكثرها وقوعاً (بودري وشوفو فقرة ٥٠ ص ٤٦) .

(٣) وفي فرنسا تقضى المادة ٦٢٦ مرافعات يجوز توقيع حجز المنقول على المحصول والثمار ، بشرط ألا يزيد الوقت الباقي على تمام نضجها ستة أسابيع . ويسمى الحجز في هذه الحالة *saisie-brandon* ، ولفظ *brandon* معناه ربطات من القش توضع فوق قوائم مثبتة في الأرض المحجوز على شصها أو ثمارها علامة على الحجز ، وقد بطلت هذه العلامة وبقي الاسم (بودري وشوفو فقرة ٤٩ ص ٤٤) .

وقد يبيع صاحب الأرض المحصول وهو لا يزال متصلاً بها والثمار وهي لا تزال قائمة على الشجر ، بل إن بيع الثمار وهي قائمة على الشجر هو المألوف في التعامل . فيكون البيع في هذه الحالة واقعا على المحصول والثمار منظراً إليها ، لا بحسب حقيقتها في الحال وهي أنها عقار بطبيعته ، بل بحسب مصبرها في المال بعد أن تحصد أو تقطف ، فيعتبر البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار . ومن النتائج التي تترتب على ذلك ما يأتي : (١) يسرى على هذا البيع أحكام بيع المنقول ، لا أحكام بيع العقار . من ذلك أن دعوى نكالة الثمن للغبن في بيع عقار شخص لا تنوافر فيه الأهلية (م ٤٢٥ - ٤٢٧ مدني) لا تقوم في هذا البيع ، فإذا كانت الأرض التي أنبت المحصول أو الثمار مملوكة لقاصر يبيع المحصول أو الثمار بغبن فاحش يزيد على الخمس ، فلا رجوع للقاصر على المشتري بدعوى نكالة الثمن . ومن ذلك أيضاً أن المادة ٤٦١ مدني وهي خاصة ببيع المنقول تسرى في هذا البيع ، وهي تقضى بأنه « في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك . وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » (١) . (٢) لا يكون لمشتري المحصول أو الثمار إلا حق عيني على منقول ، فيكون حقه منقولا ، ومن ثم لا يستطيع اللجوء في حمايته إلى دعاوى الحيازة إذ هي لا تحمي إلا العقار (٢) . (٣) الدعوى التي يقيمها مشتري المحصول أو الثمار على البائع في شأن هذا البيع تكون دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتدخل في اختصاص محكمة موطن البائع ، لا المحكمة التي يوجد في دائرتها الأرض التي أنبت المحصول أو الثمار (٣) . (٤) لما كان البيع يقع على منقول لا على عقار ، فهو غير واجب التسجيل لنقل الملكية ، ومن ثم لا محل لدفع رسوم التسجيل . وننتقل الملكية بمجرد العقد ، لأن البيع واقع على منقول معين بالذات (٤) . (٥) إذا حجز دائن على الأرض التي أنبت المحصول والثمار ، فإن بيع المحصول والثمار

(١) نقض فرنسي ٣ أبريل سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢ - ١٢ يولي سنة ١٩٢٢

دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٦١ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ فبراير سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٤٦ .

(٣) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ٢٣ يناير سنة ١٩٢٥ .

(٤) إسماعيل غانم أو النظرية العامة للعقد ص ٩٨ .

يسرى في حق الدائن الحاجز ، ما لم يكن تألياً لتاريخ تسجيل التنبية فقد نصت المادة ٦١١ مرافعات على أن « تلحق بالقرار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبية وزرع منها ما يخص المدة التي تلي التسجيل كما يوزع ثمن اقتاره^(١) . هذا ويلاحظ أن صاحب الأرض إذا كان قد أجراها ، فإن المستأجر يصبح دائماً للمؤجر بالمحصول والثمار التي تنتجها الأرض ، وحقه هذا هو حق شخصي يقع على منقول بحسب المال ، ولا يصبح المستأجر مالكا للمحصول والثمار إلا يجنيها ، أما قبل الجني فالمستأجر لا يعدو أن يكون دائنا شخصيا للمستأجر^(٢) كما سبق القول .

٣٢ - **فَسَبُّ الْأَشْجارِ :** وقد يبيع مالك الأرض خشب الأشجار القائمة باعتبارها معدة للقطع ، ويكون البيع واقعا على الخشب المقطوع لا على الشجر القائم ، ويعتبر الخشب هنا منقولا بحسب المال ، ويكون بيعه ببيع منقول لا ببيع عقار^(٣) .

ويترتب على أن البيع هنا هو بيع منقول لا بيع عقار نفس النتائج التي أسلفناها في بيع المحصول والثمار ، فتسرى على البيع أحكام بيع المنقول لا أحكام بيع العقار ، ويمتنع الالتجاء إلى دعاوى الحيازة ، وتختص محكمة موطن البائع ، ولا يكون هناك تسجيل ، وتلحق الثمار بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية^(٤) .

٣٣ - **أَقْصَاهُ الْبِنَاء :** وقد يبيع صاحب البناء بناءه منفصلا عن الأرض ومنزوحا منها ، لا باعتباره بناء قائما ، بل باعتباره أقباضا مهلومة ، ويقع

(١) انظر في هذه النتائج أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٨ - بودري وشوفو فقرة ٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٦٨٢ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ٩٢١ .
(٢) بودري وشوفو فقرة ٤٩ ص ٤٥ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ٩٢١ ص ٧٢٧ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ - Fréjaville ص ٦٣ - ص ٦٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٤ ص ١٠٦ - شوفو في المنقول بحسب المال (بحث في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٧٣ وما بعدها) - نقض فرنسي ٣ أبريل سنة ١٩٢٢ والوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢ - ١٢ يولييه سنة ١٩٢٢ والوز ١٩٢٣ - ١ - ٦١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ والوز ١٩٢٤ - ١ - ١٤ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي داليه ٢٣ يناير سنة ١٩٢٥ .
(٤) انظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٤ .

ذلك عند ما ترفع أسعار سداد البناء ، فتزداد الرغبة في شراء المباني القديمة لأنها أنما والآسنة مما يريح منها للبناء كالأبواب والشبابيك والبلاط والحديد ونحو ذلك . فيكون البيع هنا أيضاً بيع منقول بحسب المال ، وتسرى أحكام بيع المنقول لأحكام بيع العقار ، وقد سبقت الإشارة إلى بعض النتائج التي ترتب على ذلك^(١) .

ويجب التمييز ، في عقد بيع أنقاض البناء ، بين تكوين عقد البيع في ذاته وبين الآثار التي ترتب عليه . فعقد البيع عند تكوينه لا يكون قد أحدث آثاره من جعل البناء منقولاً بحسب المال ، بل يكون البناء لا يزال معتبراً عقاراً ، ويقتضى البيع الوارد عليه أهلية التصرف . فلا تكفي أهلية الإدارة كما كانت تكفي لو أن البيع وقع على المحصول والثمار أو على خشب الأشجار فإن كلا من هذين البيعين الأخيرين يعتبر من أعمال الإدارة^(٢) . وعلى ذلك يجب أن يكون البائع للبناء قد توافرت فيه أهلية التصرف ، بأن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه أو أن يكون ولها ملك التصرف أو وصياً أو قياً قد حصل على الإذن الواجب من المحكمة . فإذا انعقد البيع صحيحاً على هذا النحو أنتج أثره ، فيصبح البناء منقولاً بحسب المال على الوجه الذي بيناه ، ويصبح البيع بيع منقول لا بيع عقار^(٣) كما سبق القول .

وإذا باع صاحب البناء الأرض والبناء معاً لمشتري ، وباع البناء وحده باعتباره منقولاً بحسب المال لمشتري آخر ، فالعبرة في تقديم أحد المشتريين على الآخر بالتاريخ الثابت للبيع الصادر له . فإن كان البيع الواقع على البناء وحده هو السابق ، تقدم مشتري البناء على المشتري الآخر فيما يتعلق بالبناء . وإن كان البيع الواقع على الأرض والبناء معاً هو السابق ، تقدم المشتري في هذا البيع ، إلا إذا كان مشتري البناء قد تمكن من هدم البناء واستولى على الأنقاض وهو حسن النية أي لا يعلم بسبق بيع الأرض والبناء ، فإنه يستطيع

(١) انظر أنفاً فقرة ٣١ - فقرة ٣٢ .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ١٨٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ .

(٣) انظر في هذه المسألة ديمولومب ٩ فقرة ١٨٠ - ديراتون ٤ فقرة ٣٧ - أوبري ورو

٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ هامش ٢٦ . بودري وشوفو فقرة ٥٢ .

عندئذ أن يتمسك بالحيازة^(١) . ويسرى الحكم نفسه في المفاضلة ما بين مشتريين متعاقبين للبناء وحده باعتباره منقولاً بحسب المال^(٢) .
ويسرى بيع البناء باعتباره منقولاً بحسب المال في حق الدائنين الشخصيين للبائع ، إلا إذا استطاع هؤلاء أن يظعنوا فيه بالدعوى البولصية^(٣) . أما بالنسبة إلى الدائن المرتهن للأرض والبناء معاً ، فإن كان بيع البناء سابقاً في تاريخه الثابت على ترتيب الرهن ، فإن المشتري للبناء يستطيع الاحتجاج بالبيع الصادر له على الدائن المرتهن دون حاجة إلى تسجيل البيع لأنه بيع منقول^(٤) .
وإذا كان بيع البناء لاحقاً لترتيب الرهن ، فإنه لا يحتج بالبيع على الدائن المرتهن ، إلا إذا تمكن المشتري من الاستيلاء على الانتقاض وهو حسن النية فإنه يستطيع عندئذ أن يتمسك بالحيازة . ويجوز للدائن المرتهن في هذه الحالة الاحتفاظ بحقه في التقدم على ثمن البناء وهو في يد المشتري^(٥) .

٣٤ — **المعادن والأحجار في المناجم والمحاجر :** حكم المعادن في المناجم هو حكم الأحجار في المحاجر ، فكل من المعادن والأحجار وهي في باطن الأرض أو في داخل الجبال تعتبر جزءاً من الأرض أو الجبل ، فهي إذن عقار بطبيعته . فإذا أعطى شخص الحق في استخراجها والاستيلاء عليها ، فإنه يكون عند ذلك يتعامل في عقار بطبيعته قد هيئ للانفصال عن المنجم أو المحجر ، فهو إذن منقول بحسب المال . ولما كانت المناجم وما تحويه من معادن مختلفة تعتبر من أهم مصادر الثروة القومية ، لذلك فإنها تخضع عادة لنظام إداري مفصل ، يبدأ بترخيص في الكشف وينتهي بمنح امتياز لمدة معينة ، فالأحكام القانونية التي تخضع لها المعادن تحتوئها النظم الإدارية ولا شأن

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥١ - شوفو في المنقول بحسب المال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٣٧ - فقرة ٤٠ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ - شوفو في المنقول بحسب المال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٠ - نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٨٣١ سريه ٣١ - ١ - ٣٨٦ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ هامش ٣ - شوفو في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣

فقرة ٤٢ - نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ١ - ٣٤٣ .

(٥) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ - شوفو في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢ -

فقرة ٤٩ - نقض فرنسي ١٥ يولي سنة ١٨١٧ سريه ٦٨ - ١ - ٩ .

لنا بها في هذا المكان^(١) . ونقتصر على الكلام في المحاجر ، وهي أيضاً تخضع لنظم إدارية ، ولكن هذه النظم أبسط من تلك التي تخضع لها المناجم .
والغالب أن العقد إذا وقع على منتجات الحجر ، فهو بيع لهذه المنتجات^(٢) .
ومن ثم يكون بيعاً لمنقول بحسب المال ، فيكون بيع منقول لا بيع عقار بما يترتب على ذلك من نتائج^(٣) .

ومن أهم هذه النتائج أنه لا محل لتسجيل البيع ، لأنه بيع منقول . فإذا باع المالك العقار الذي فيه المحجر ، كان هذا بيع عقار ووجب تسجيله .
وإذا باع لمشتري آخر الحق في استخراج الأحجار من المحجر ، كان هذا بيع منقول كما قلنا ، ويكون حق مشتري الأحجار حجة على المشتري الأول إذا كان سابقاً في التاريخ الثابت على بيع العقار ، وذلك دون حاجة إلى تسجيل البيع الصادر إلى مشتري الأحجار . ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي يذهب إلى أن بيع الأحجار باعتبارها منقولا بحسب المال ، وإن اعتبر بيع منقول فيما بين المتعاقدين ، يعتبر بيع عقار بالنسبة إلى الغير ، فيجب إذن تسجيل بيع الأحجار وأن يكون التسجيل سابقاً على تسجيل بيع العقار حتى يستطيع مشتري الأحجار أن يحتج بالبيع الصادر له على المشتري للعقار^(٤) . ويتقصد الفقه الفرنسي هذا التضاء^(٥) ، فإن وصف الشيء يبقّى واحداً فيما بين

(١) انظر قانون المناجم والمحاجر فيما يلي فقرة ٣٥٥ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٢٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١ - فقرة ٣٢ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٧ - Dabin في الطبيعة القانونية لحق استخراج المنتجات من الأرض بروكل سنة ١٩٤٧ ص ٦٣ - نقض فرنسي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٨٩ .

(٤) نقض فرنسي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٨٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ١٩٧ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩ سريه ١٩٥٠ - ١ - ١٠٠ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٦٨٤ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٠١ - دي باج وديكرز ٥ فقرة ٧٣٢ - وانظر أيضاً في انتقاد الفقه المصري لهذا القضاء إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٩٩ - ص ١٠٠ - شمس الدين الوكيل في التأمينات فقرة ٧٩ ص ٢٢٦ - حسن كيرة فقرة ٣٥ ص ١١١ - ص ١١٣ وانظر في تأييد القضاء الفرنسي Prévaille ص ١٧٧ - ص ١٨٤ وص ١٩٣ - ص ٢٠٨ - لوران ٥ فقرة ٤٢٩ - مارت وريينو ١ فقرة ٣٢٥ - كاربونييه ص ٦٤ .

المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ولا يجوز أن يتدبر في حالة عما هو عليه في
الآن . فإذا كانت الأحجار مقولاً بحسب المال فيما بين المتعاقدين ، وجب
أن تبني كذلك بالنسبة إلى الغير . وإذا كان الحق في استخراج الأحجار من
شأه أن ينتقص كثيراً من قيمة العقار فوجب أن يعلم بوجوده المشتري للعقار
حتى لا يفاجأ ، فإن طريق العلم بوجود هذا الحق ليس حتماً أن يكون هو
التسجيل . ويكفي ، حتى يعلم المشتري بوجود هذا الحق عند الشراء ، العلامات
المادية الظاهرة التي لا بد من وجودها عند ما يقوم صاحب الحق بأعمال
الاستغلال لاستخراج الأحجار (١) .

وبكاد الإجماع يعتقد في الفقه الفرنسي على أن بيع المنقول بحسب المال ،
سواء كان بيع محصول وثمار أو بيع خشب الأشجار أو بيع أنقاض البناء
أو بيع المعادن والأحجار ، هو بيع منقول لا بيع عقار ، ومن ثم لا يخضع
للتسجيل ، وتسرى عليه سائر أحكام بيع المنقول (٢) .

الفرع الثاني

تقسيمات أخرى للأشياء المادية

٣٥ — التقسيمات الأخرى محل البحث : قدمنا (٣) أن هناك تقسيمات
أخرى للأشياء المادية ، نبحث منها تقسيم الشيء إلى قابل للاستهلاك وغير
قابل له وتقسيمه إلى مثلي وقيمي في مبحث أول ، وفي المبحث الثاني تقسيم
الأشياء المملوكة للدولة إلى أشياء عامة وأشياء خاصة (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٩ والمراجع المشار إليها فيه .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣ .

(٤) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على تقسيم آخر يتعلق بالأموال الموقوفة ، فكانت
المادة ١١٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « الأموال الموقوفة هي التي تزول عنها الملكية
الخاصة وترصد منفعتها على أنفقراء أو على جهة بر معينة ، أو على عمل متعلق بالصالح العام »
سواء كان ذلك في الحال أو بعد انقراض المستحقين المذكورين ، إسهاد الوقف . ولكن هذا
نص حذف في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٧٩ ؛ في الهامش) .

المبحث الأول

القابل للاستهلاك وغير القابل له - المثلث والقيمي

المطلب الأول

الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له

(Chose consommable et chose non consommable)

٣٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤ مدني على ما يأتي :

١ - الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو إنفاقها .

٢ - فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن التقسيم كان معروفاً في عهد هذا التقنين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٨٤ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ولا في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢) .

ونعرض أولاً للتمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ، ثم نبين الأهمية العملية لهذا التمييز .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦ في المشروع قناني . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٢ - ص ٤٧٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

٣٧ - التمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له :

الشيء القابل للاستهلاك هو الشيء الذى أعد بطبيعته لأن يكون أول استعمال له هو فى استهلاكه ، فهو غير قابل للاستعمال مرة بعد مرة مع بقاءه دون أن يستهلك . والاستهلاك إما أن يكون ماديا (matérielle) كما هو الأمر فى الطعام والشراب ، فالطعام لا يستعمل إلا عن طريق استهلاكه بالأكمل وكذلك الشراب . وإما أن يكون الاستهلاك قانونيا (juridique) ، وذلك كالنقود فاستعمالها الأول يكون بالإتفاق ، والإتفاق لا يستهلك النقود استهلاكاً مادياً وإنما يستهلكها استهلاكاً قانونياً فيضيع قيمتها على من أنفقها^(١) (انظر م ١/٨٤ مدنى) .

والشيء غير القابل للاستهلاك هو الشيء الذى يمكن استعماله مرة بعد مرة دون أن يستهلك . فالملابس غير قابلة للاستهلاك ، إذ يمكن استعمالها مرة بعد أخرى وقد أعدت لذلك بحسب طبيعتها . وليس معنى ذلك أن الملابس لا تبلى ، بل هى تبلى بطول الاستعمال ، ولكنها مع ذلك قابلة لأن يتكرر استعمالها مدة طويلة أو قصيرة دون أن تبلى ، فهى بخلاف الشيء القابل للاستهلاك لا تبلى بمجرد استعمالها مرة واحدة . ويصدق ذلك أيضاً على المنزل والمفروشات والأثاث والآلات والأدوات والسيارة والمكتب والكتاب والقلم ، فهذه كلها قابلة للاستعمال مرة بعد أخرى ، ولا تبلى إلا بعد استعمالها مدة من الزمن ، طال هذه المدة أو قصرت .

والأصل فى معرفة ما إذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك أو غير قابل له أن يرجع إلى طبيعته . فالطعام والشراب والنقود طبيعتها تقتضى أن تستهلك استهلاكاً مادياً أو قانونياً بمجرد استعمالها أول مرة^(٢) . والملابس والآلات والسيارة والكتاب طبيعتها ألا تستهلك بمجرد استعمالها أول مرة ، بل هى تقبل الاستعمال مرة بعد أخرى .

ومع ذلك فالتبلى قد تتدخل وتتغلب على طبيعة الشيء ، فتجعل الشيء

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٥٦ ص ٦٢ - Humbert رسالة من باريس

الشيء هو بطبيعته قابل للاستهلاك غير قابل له ، وذلك كالنقود إذا أعبرت لصراف لعرضا وإعادتها بعينها بعد ذلك ، فتقلب من شيء قابل للاستهلاك بطبيعته إلى شيء غير قابل للاستهلاك بحسب نية المتعاقدين . وقد تتدخل النية فتجعل من الشيء غير القابل للاستهلاك بطبيعته شيئا قابلا للاستهلاك ، وذلك كالأشياء التي أعدت في المتاجر للبيع . فهذه بعضها غير قابل للاستهلاك بطبيعته كالمفروشات والآلات والسيارة والملابس ، ولكنها أعدت للبيع ، فتعتبر بحسب ما أعدت له قابلة للاستهلاك استهلاكاً قانونياً ، إذ أن استعمالها أول مرة يكون ببيعها أى باستهلاكها على هذا النحو (انظر م ٢/٨٤ مدني^(١)) .

٣٨ — أهمية هذا التمييز : للتمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له أهمية عملية من نواح متعددة ، نذكر منها الناحيتين الآتيتين :

١ — هناك عقود لا ترد إلا على الشيء غير القابل للاستهلاك ، مثل ذلك عقد العارية . وقد عرفت المادة ٦٣٥ مدني العارية بأنها « عقد يلتزم به المعتبر أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستمعه بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين ، على أن يردّه بعد الاستعمال » . فالشيء المعار إذن هو شيء يمكن استعماله مدة معينة دون أن يستهلك ، فهو شيء غير قابل للاستهلاك . كذلك عقد الإيجار يرد عادة على شيء غير قابل للاستهلاك ، إذ أن العين المؤجرة ترد بعد استعمالها ، ولا فرق بين العارية والإيجار إلا في أن العارية تكون بغير أجر والإيجار يكون بأجر . أما القرض فعقد « يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته » (م ٥٣٨ مدني) . ويخلص من هذا التعريف أن القرض يقع على شيء مثلي ، ولكن الشيء المثلي في القرض يكون عادة شيئاً قابلاً للاستهلاك كالنقود والغلال ، وسرى أنه يقلب أن يكون الشيء القابل للاستهلاك هو شيء مثلي والشيء غير القابل للاستهلاك هو شيء قيمي^(٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في موعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٢ .

(٢) هلاينول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧ .

٢ - وحق الانتفاع حق عيني يخول صاحبه أن ينفع بشيء مملوك لغيره ،
على أن يردّه إليه بعينه عند نهاية الانتفاع . فالشئ المنفع به يكون إذن شيئاً
غير قابل للاستهلاك ، إذ هو يرد بعينه بعد أن يستعمل مدة معينة . وعلى ذلك
لا يرد حق الانتفاع إلا على شئ غير قابل للاستهلاك ، وإذا ورد على شئ
قابل للاستهلاك فلا يردّه المنفع عيناً بل يرد مثله ، تغيرت طبيعة حق الانتفاع
وسمى بشبه حق الانتفاع (quasi-usufruit)^(١) .

الطلب الثاني

المثلي والقيمي

(Chose fongible et chose non fongible)

٣٩ - نص قانوني : تنص المادة ٨٥ مدني على ما يأتي :
« الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر
عادة عند التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن »^(٢) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن التقسيم كان معروفاً
في عهد هذا التقنين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري المادة ٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٨٥ - وفي التقنين المدني
العراقي المادة ٦٤ - ولا مقابل له في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٣) .

(١) پلانيول وريپير وپيکار ٣ فقرة ٥٧ ص ٦٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧ في المشروع
النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ١ ص ٤٧٣ - ص ٤٧٤) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : .

التقنين المدني السوري م ٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤ : ١ - الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ،

ونعرض هنا أيضاً التمييز بين الشيء المثلّي والشيء القيمي . وتقابل ما بين هذا التمييز والتمييز السابق الخاص بالشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ، ثم نبين الأهمية العملية للتمييز بين الشيء المثلّي والشيء القيمي .

٤٠ - **التمييز بين الشيء المثلّي والشيء القيمي** : يقال عن الشيء إنه مثلي إذا نسب إلى شيء آخر ، فكان كل منهما صالحاً لأن يقوم مقام الآخر في الوفاء بالدين . فالشيء لا يكون مثلياً في ذاته ، كما يكون قابلاً للاستهلاك في ذاته ، ولكنه يكون مثلياً بالقياس إلى مثله^(١) . فلو أن شخصاً كان مديناً لآخر بأن يسلمه مائة جنيه ، أو مائة أردب من القمح الهندي من صنف متوسط ، أو مائة قنطار من القطن الأشموني من صنف معين ، أو مائة متر من الحرير الصناعي على وصف معين ، فإن محل الدين - النقود أو القمح أو القطن أو الحرير - يكون شيئاً مثلياً . ذلك أن المدين يستطيع أن يفي بدينه بأي ورق نقدي عدا دون أن يتقيد بأوراق نقدية معينة . ويستطيع المدين كذلك أن يسلم مدينه أية كمية من القمح الهندي ذي الصنف المتوسط بعد أن يكبل له من هذا القمح مائة أردب ، ولا يستطيع الدائن أن يلزمه بتسليم كمية معينة . وكذلك قل عن القطن فيزن المدين للدائن مائة قنطار من القطن الأشموني من الصنف المعين ، وعن الحرير فيقيس المدين للدائن مائة متر من الحرير الصناعي على الوصف المتفق عليه . ويتبين من ذلك أن الشيء المثلّي يتميز بخاصتين : (١) أنه لا يكون شيئاً مثلياً في ذاته ، بل بالقياس إلى شيء آخر مثله . (٢) أنه يقدر عادة عن طريق العد أو الكيل أو الوزن أو المقاس ، إذ لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به ، بل تماثل فيقوم بعضها مقام بعض (انظر م ٨٥ ملني)^(٢) . أما الشيء القيمي فهو الشيء المعين بالذات الذي لا يقوم شيء آخر

= وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن . ٢ - وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي .

(وأحكام التقنين العراقي تطابق أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

(١) Jambert في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٤٥ ص ٧٥ وما بعدها -

بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨ .

(٢) وانظر م ٩١ مدني ألماني - بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨ .

مقامه في الوفاء . فبيع منزل معين بالذات أو ما كينة رى معينة بالذات أو قطعة أثرية معينة بالذات ، إنما هو بيع يرد على أشياء قيمة لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء . ولا بد للبائع من أن يسلم للمشتري نفس المنزل المعين بالذات ولا تبرأ ذمته إذا هو سلم منزلا آخر ولو كان أكبر قيمة ، أو نفس ما كينة الرى أو نفس القطعة الأثرية ولا تبرأ ذمته إذا هو سلم ما كينة رى أخرى ولو كانت أقوى أو قطعة أثرية أخرى ولو كانت أنفـس .

٤١ - المقابلة ما بين المثل والقيمي وبين القابل للاستهلاك وغير

القابل له : وترى مما تقدم أن التمييز بين المثل والقيمي يرجع هو أيضاً إلى طبيعة الأشياء ، كما يرجع التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له فيما مر بنا . وقد قيل خطأ إن التمييز بين المثل والقيمي إنما يرجع إلى نية الطرفين ، في حين أن التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له يرجع إلى طبيعة الأشياء^(١) . والصحيح أن المثل إنما يكسب هذه الصفة من طبيعته ، وكذلك يكسب القيمي صفته من طبيعته^(٢) . فالتمييز بين المثل والقيمي يستوى إذن مع التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له ، في أن كلا منهما يرجع إلى طبيعة الأشياء^(٣) .

(١) انظر مثلاً بودرى وشوفر فقرة ١٨ ص ١٩ - ويبدو أن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى تذهب إلى الأخرى هذا المذهب ، إذ تقول : « على أن الممول عليه في وصف الشيء بأنه مثل أو قيمي هو جواز قيام شيء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء ، بحسب قصد الماعدين ، أو عدم جواز ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الأشياء المثلية هي التي يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلاً منها ، والأشياء القيمية هي التي يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها هي عينها . وقد يكون الشيء بعينه مثلياً في أحوال وقيماً في أحوال أخرى ، والفصل في كونه هذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشيء ونية ذوي الشأن وظروف الأحوال ، فكل أي وجه اعتبره قاضى الموضوع وبني اعتباره على أسباب متبعة لوجه رأيه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ ج ٢ جزء أول ص ٣٠٠) .

(٢) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ .

(٣) وإذا كانت النية تندخل في بعض الأحوال الاستثنائية فتجعل الشيء مثلياً كنسخة من كتاب تستميرها مكتبة من مكتبة أخرى لرد مثلها ، وتجعل الشيء قيمياً كنسخ من كتب تعار لمعرضها في أحد المعارض (ad propem et ostentationem) على أن ترد بعينها ، فقد رأينا أن النية تندخل كذلك في بعض الأحوال الاستثنائية فتجعل الشيء غير قابل للاستهلاك كالشهود إذا أعيزت لأصناف لم عرضها وإعادةها بعينها ، وتجعل الشيء قابلاً للاستهلاك كالصالح غير القابلة للاستهلاك

ولإذا أريد إيجاد فرق ما بين التمييزين ، فهذا الفرق هو أن المثلّي إنما يكون مثليا
لا في ذاته بل بالقباس إلى شيء مثله ، وأما الشيء القابل للاستهلاك فهو قابل
لذلك في ذاته دون حاجة إلى قياسه على شيء مثله .

ومع ذلك فإن الغالب أن يكون الشيء المثلّي شيئا قابلا للاستهلاك ،
كالطعام والشراب والنقود فهي أشياء مثلية وهي في الوقت ذاته أشياء قابلة
للاستهلاك . والغالب كذلك أن يكون الشيء القيمي غير قابل للاستهلاك ،
كالمنزل والآلة المعينة بالذات فهذه أشياء قيمية وهي في الوقت ذاته غير قابلة
للاستهلاك . وعلى هذا النحو يختلط التقسيان أحدهما بالآخر ، فيكون التمييز
بين المثلّي والقيمي هو عين التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له^(١) . ولكن
هذا النظر غير دقيق ، فلا يزال التمييز بين المثلّي والقيمي غير التمييز بين القابل
للاستهلاك وغير القابل له^(٢) . وإذا كان كل من التمييزين يرجع إلى طبيعة
الأشياء كما قلنا ، إلا أن المثلّي يقوم على قياسه بشيء آخر نظيره ، والقابل
للاستهلاك يرجع في صفته هذه إلى ذاته دون أن يقاس بشيء آخر .

يدل على ذلك أنه يمكن أن نتصور شيئا مثليا ويكون في الوقت ذاته
غير قابل للاستهلاك ، وذلك مثل السيارة غير المعينة بالذات ونسخة من كتاب
غير معينة بالذات ، فهذه وتلك شيان مثليان ، وهما في الوقت ذاته غير
قابلتين للاستهلاك . كذلك يمكن أن نتصور شيئا قيميا ويكون في الوقت ذاته
قابلا للاستهلاك ، فكمية من الغلال معينة بالذات هي شيء قيمى بعد أن تعينت
بذاتها ، وهي في الوقت ذاته شيء قابل للاستهلاك .

— بطبيعتها إذا أعدت في المتاجر للبيع (انظر آتفا فقرة ٣٧ في آخرها - وانظر پلانيول وريبير
وبيكار ٣ فقرة ٦٠ ص ٦٥ - نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى
١٩٢٩ - ٢٨٣) .

(١) وهذا الخلط يرد عند كثير من الفقهاء وفي بعض التقنيات المدنية كالتقنين المدنى.
المولدى (م ٥٦١) والتقنين المدنى الإسبانى (م ٣٣٧) . انظر في ذلك پلانيول وريبير وبيكار
٣ فقرة ٦٠ ص ٦٤ ، وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية
١ ص ٤٧٤ .

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى م ٩١ - ٩٢ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع
التمهيدى في هذا الصدد : « فالتقود المعدة للعرض مثلية ولكنها غير قابلة للاستهلاك ، والتحف
الفنية الأصلية قيمية ولكنها تعتبر قابلة للاستهلاك إذا أعدت للبيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١
ص ٤٧٤) .

٤٢ — أهمية التمييز بين الشيء المثلّي والشيء القيمي : وللتمييز بين الشيء المثلّي والشيء القيمي أهمية كبيرة في العمل . وذلك أن الشيء المثلّي ، كما رأينا ، هو شيء غير معين بالذات بل يعين بنوعه وصفاته ، ويقدر بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس . والشيء القيمي هو شيء معين بالذات ، فليس هو في حاجة إلى تعيين بالنوع أو إلى تقدير بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس .

فإذا كان هناك التزام بنقل الملكية ، وكان محل هذا الالتزام منقولاً مثلاً ، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد ، بل لابد من تعيين المحل وإفرازه ، ولابد في إفرازه من تقديره عدا أوكيلاً أو وزناً أو مقاماً . فإذا تم الإفراز على هذا النحو ، أصبح الشيء المثلّي قيمياً ، وانتقلت ملكيته إلى الدائن بمجرد الإفراز . أما إذا كان محل الالتزام منقولاً قيمياً ، أي شيئاً معيناً بالذات منذ البداية فلا يحتاج في تعيينه إلى إفراز ، فإن الملكية تنتقل في الحال بمجرد العتد^(١) .

المبحث الثاني

الأشياء العامة والأشياء الخاصة (*)

(Domaine public et domaine privé)

٤٣ — التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة : للدولة وغيرها

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩ .

(٥) مراجع : Proudhon في الدومين العام الطبعة الثانية خمسة أجزاء سنة ١٨٤٤ -

De Récy في الدومين العام الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ - Monteil رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ -

Bernard رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Otto-Mayer في القانون الإداري الألماني العاجلة

الفرنسية الجزء الثالث - Waline رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - Pelloux رسالة من

جرينوبل سنة ١٩٣٢ - Janse في المميزات لأموال الدومين العام سنة ١٩٣٨ - Huet-Guyard

رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ - Dementhon في دومين الدولة سنة ١٩٣٩ - Duverger

رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ - Moroger في تخصيص الأموال الإدارية للاستعمال العام

سنة ١٩٤٢ .

وانظر في القانون المصري : محمد كامل مرسي بحث في مجلة القانون والاقتصاد والسنة التاسعة -

محمد زهير حراقة في حيز الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ .

من الأشخاص الاعتبارية العامة أشياء عامة تملكها ، وقد تملك أيضاً أشياء خاصة . ولكل من الأشياء العامة والأشياء الخاصة مقومات وخصائص وأحكام تفرد بها . فنستعرض كلا من هذين النوعين في شيء من الإيجاز ، إذ أن التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة هو أدخل في مباحث القانون الإداري ، ولكن التقنين المادني عرض لهذا التمييز فيما عرض له من تقسيمات الأشياء والأموال .

الطلب الأول

الأشياء العامة

(Domaine public)

٤٤ — نص قانوني : تنص المادة ٨٧ مدني (المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتي :

« ١ — تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص .
« ٢ — وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم . وتخرج هذه الأموال عن التعامل ، فلا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » . وفي لجنة المراجعة جمعت المادة فقرتين ، وعدلت الفقرة الثانية حتى لا تتعارض مع المادة ١١١ من المشروع (م ٨١ مدني) ، وكذلك حذفت كلمة « المملوكة » من الفقرة الأولى تجنباً للأخذ برأى قاطع في هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال . فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٨٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩ . وفي لجنة الشيوخ اقترح بعض مستشاري محكمة النقض تعديل النص بحيث يشمل المنقولات السبع الأولى من المادة ٩ من التقنين المدني السابق ، لأن مثل هذا التعديل يجعل حكم النص ينسحب على البرك والمستنقعات المستصلحة المتصلة بالبحر والبحيرات المملوكة للبري ، والجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو البر أو الإحسان سواء كانت الحكومة مكلفة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . ولم تر اللجنة محلاً للأخذ بهذا -

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٩-١٠ / ٢٥-٢٦ (١).

= الاقتراح، مادام المعيار العام الذى وضعه النص سليماً ، والتزام هذا المعيار يفنى عن إيراد هذه الأمثلة التى اضطر واضعو التقنين السابق إلى ذكرها فى عهد لم يكن النظام الإدارى فيه قد استكمل مقوماته . ويمكن أن يقرر التقنين المدنى القاعدة العامة فى هذا الشأن ، أما التفصيل فهو أدخل فى نطاق القانون الإدارى . وقد لاحظت اللجنة فضلاً عن ذلك ، فيما يتعلق بالجوامع وهى وقف بطبيعته ، أن الوقف ولو كان خيرياً نظاماً من النظم الخاصة يختلف تصويره عن تصوير الملك العام . وعلى ذلك وافقت لجنة لمس الشيوخ على النص دون تعديل تحت رقم ٨٧ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٨ - ص ٤٨٣) .

ثم صدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ ، فعدل العبارة الأخيرة من النص على الوجه الآتى : « أو قرار جمهورى أو قرار من الرأى المختص » .

(١) التقنين المدنى السابق م ٩ وطنى : الأملاك المبرمة المخصصة للمنافع العامة لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ، ولا يجوز حجزها ولا بيعها . وإنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر . وتشمل الأملاك الأميرية : أولاً - الطرق والشوارع والقناطر والحوارى التى ليست ملكاً لبعض أفراد الناس . ثانياً - السكك الحديدية وخطوط التلغرافات الميرية . ثالثاً - الحصون والقلاع والحدائق والأسوار والأراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات ، ولورخصت الحكومة فى الانتفاع بها لمنفعة عمومية أو خصوصية . رابعاً - الشواطئ والأراضى التى تتكون من طمى البحر ، والأراضى التى يكتشف عنها المياه ، والمين والمراعى والموارد والأرصقة والأحواض ، والبرك والمستنقعات المستصلحة المتصلة بالبحر مباشرة ، والبحيرات المملوكة للميرى . خامساً - الأنهار والنيترات التى تمكن الملاحة فيها ، والترع التى على الحكومة إجراء ما يلزم لحفظها وبقائها بمصاريف من طرفها . سادساً - المين والمراعى والأرصقة والأراضى والمباني اللازمة للانتفاع بالأنهار والنيترات والترع المذكورة ولمرورها . سابعاً - الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، سواء كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . ثامناً - العقارات الميرية ، مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ولى الأمر أو للظنارات أو للحفاظات أو المديرىات ، وعلى العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية . تاسعاً - الترسانات والقشلاقات والأسلحة والمهمات الحربية والمراكب الحربية ومراكب النقل أو البومته . عاشراً - الافتراخانات العمومية والأنبيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكاً للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية . حادى عشر - نقود الميرى ، وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر .

م ١٠ وطنى : يعد أيضاً من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق انتزاع المنفعة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الخربية ، وعلى العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو قوحها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .

ويتأهل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٧١ - ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني (١).

ويلحظ أن النص يتحدث عن « الأموال العامة » ، ناظرا في ذلك لا إلى الأشياء التي هي محل حقوق الدولة ، بل إلى حقوق الدولة على هذه الأشياء ، فصيح أن تكون هذه الحقوق « أموالا » لأشياء . ويستوى في التقسيم الذي نحن بصدده أن يكون تقسيما للأشياء أو للأموال ، فكل شيء عام يكون حق الدولة عليه مالا عاما (domaine public) ، وكل شيء خاص يكون حق الدولة عليه مالا خاصا (domaine privé) . فنجرى على أن التقسيم هو تقسيم للأشياء ، مع ملاحظة أنه في الوقت ذاته تقسيم للأموال على النحو الذي بيناه .

٤٥ - كيف نبت التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة : بدأ التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة في القانون الروماني ، فقد كان هذا القانون يميز بين الأشياء العامة (res publicae, loca publica) وهذه تبع للناس كافة ، وبين الأشياء المملوكة للخزانة (res fisci, res fiscales) وهذه كانت تعتبر في عهدة الإمبراطورية مملوكة للإمبراطور . وكانت الأشياء العامة قسمين : قسمها تتمثل فيه المصلحة العامة كطرق المواصلات الرئيسية وهذا تبع للشعب الروماني بأجمعه ، وقسمها تتمثل فيه المصلحة المحلية كالمباني العامة

- م ٢٥ مخطط : أملاك الميرى ، كالاتحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل أن تكون ملكا لأحد .

م ٢٦ مخطط : كذلك الحال بالنسبة للأموال المدة لمنفعة عمومية ، كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٧١ (مطابق) ، فيما عدا أن التقنين العراقي لا يشمل في الفقرة

الأولى عبارة « أو مرسوم » .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

لبلديات وهذا يكون اللومين العام للإقليم (communio civitatum) . على أن الرومان كانوا يخلطون بين الأموال العامة والأموال الخاصة للوحدات الإقليمية، وكانوا يعتبرون بعض الأموال العامة أموالاً مباحة (res communes omnium) كساحل البحر ، وبعضها أموالاً مقلسة (res divini juris) كالمعابد والمدافن . ولكنهم كانوا يربون النتائج القانونية على فكرة تخصيص الأموال العامة لمنفعة الجمهور ، فكانوا يمنعون التصرف في هذه الأموال ولا يجيزون تملكها بالتقادم . وكان بعض فقهاء القانون الروماني يذهبون إلى أن حق الدولة على الأموال العامة هو حق ملكية ، إذ كانت الدولة تملك ثمار هذه الأموال ، وإذا كان المال مملوكاً للدولة قبل صيرورته مالا عاما فيبقى على ملكية الدولة بعد أن كسب صفة المال العام (١) .

وبقي التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة قائماً في القانون الفرنسي القديم ، واستمر إلى عهد الثورة الفرنسية . فالأشياء العامة كانت تشمل طرق المواصلات البرية والنهرية وشواطئ البحار ، أما الأشياء الخاصة فكانت مملوكة للملك وكانت تدعى باللومين الملكي (domaine royal) أو دومين التاج (domaine de la Couronne) ، وتشمل الأراضي والغابات والقصور وغير ذلك من ضروب الأموال المختلفة ، وتمثل قسماً هاماً من موارد الدولة . ولم يكن دومين التاج ملكاً خاصاً للملك بالذات ، وإلا كان يستطيع التصرف فيه وكان يورث عنه ولو كان الوارث غير الملك الذي خلفه فيفقد دومين التاج بذلك مهمته الرئيسية من توطيد سلطان الملوك المتعاقبين . لذلك سرعان ما تقرر في أول عهد الملكية أن دومين التاج لا يورث بل ينتقل إلى الحائس على العرش من ملوك فرنسا ، ولا يجوز التصرف فيه وتأييد ذلك بأمر صدر في ١٣ مايو سنة ١٥٦٦ في عهد الملك شارل التاسع ويعرف بأمر دي مولان (Ordonnance de Moulins) ، ويسرى حظر التصرف على جميع دومين التاج ما ورثه الملك منها وما اقتناه بعد ذلك . ثم عزز ذلك بعدم جواز تملك دومين التاج بالتقادم ، وتأييد هذا المبدأ بالمشور الصادر في أبريل سنة ١٦٦٧ . واعتبر

(١) انظر في ذلك جيرار في القانون الروماني الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٢٩ ص ٢٠٠ -

ص ٢٦٤ - أرنهيدروبيز في نظم القانون الروماني الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٢٣ ص ١٦٢ -

في مبدأ الأمر جتق الملك على دومين التاج حق ملكية ، ومن ثم كان الملك يستطيع أن يفرض ما يشاء من الإتاوات والرسوم على استعمال الناس لهذا الدومين والانتفاع به ، وكانت هذه الإتاوات والرسوم عنصراً هاماً من عناصر مالية الملك وميزانيته . ولكن ما لبث الفقهاء في أواخر القرن السابع عشر ، وبخاصة لوازو (Loyseau) ودوما (Domat) ، أن ميزوا في دومين التاج طائفة من الأموال اعتبروها مخصصة لمنفعة الناس جميعاً ويقتصر سلطان الملك بالنسبة إلى هذه الأموال على ولاية الإشراف عليها وحفظها وصيانتها ، فليس له أن يحرم الجمهور من الانتفاع بها أو يقيد من استعمالها برسم أو إتاوة .

ثم نشبت الثورة الفرنسية ، وحلت سيادة الأمة محل سيادة الملك ، وأصبح دومين التاج هو دومين الأمة القومي (domaine national) ، وورد ذلك في الذكريتو الصادر فيما بين ٢٢ نوفمبر وأول ديسمبر سنة ١٧٩٠ . وقد بينت المادة الأولى من هذا الذكريتو الدومين القومي وهو ما كان يعرف قبلاً بدومين التاج كما قدمنا ، ثم بينت المادة الثانية من الذكريتو الدومين العام (domaine public) وقد شمل الطرق العامة وشوارع المدن ومبانيها والأنهار والترع الصالحة للملاحة وشواطئ البحر والأراضي التي تتكون من طمي البحر وتلك التي تنحسر عنها مياهه والمراني والمراسي والموارد وبوجه عام كل جزء من الأرض لا يقبل أن يكون محلاً للملكية الخاصة . وأراد ذكريتو سنة ١٧٩٠ أن يقارب ما بين الدومين القومي والدومين العام ، بأن جعل كلا منهما مملوكاً للأمة .

ولكن التفتين المدني الفرنسي خلط ما بين الدومين القومي والدومين العام وجعلهما شيئاً واحداً ، فأورد في المواد ٥٣٨-٥٤١ منه مشتملات الدومين القومي (وهو الدومين الخاص) إلى جانب مشتملات الدومين العام، وجعلهما جميعاً وحدة شاملة مملوكة للدولة . وهو لم يقصد في هذه النصوص أن يميز ما بين الدومين العام والدومين الخاص ، وإنما قصد أن يقرر أن كل أملاك الدومين ، عاماً كان أو خاصاً ، هي ملك الدولة .

وإنما كان التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص هو من عمل الفقهاء ، وبخاصة الفقيه پرودون (Proudhon) الذي كان أستاذ القانون المدني وعميد

كلية الحقوق بدييجون . فله وضع كتابه المعروف بـ الدومين العام في سنة ١٨٣٣ (الطبعة الثانية في سنة ١٨٤٤) ، ويميز فيه ما بين الدومين العام (domaine public) وهو ما تخصص للمنفعة العامة وهو في جوهره دومين حماية (domaine de protection) ولا يعتبر مملوكاً لأحد وإنما تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصلحته فهي وكيلة عن الجمهور في حفظه وصيانته ، وبين الدومين الخاص (domaine privé) أو دومين الملكية (domaine de propriété) وهو مملوك للدولة ، ملكية خاصة ولها أن تتصرف فيه وأن تنفع به وهو قابل لأن يملك بالتقادم ، وذلك بخلاف الدومين العام فهو غير قابل للتصرف فيه ولا يجوز تملكه بالتقادم (١) .

(١) هذا هو أصل التمييز ما بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي قديمه وحديثه .
أما في الشريعة الإسلامية ، فهناك أموال لا يجوز تملكها ولا تملكها ، وتشمل الحال التي أعدت لحفظ الحدود والثغور من قلاع وحصون ومراقب وما يتصل بها من المعدات اللازمة لها . وتشمل كذلك ما جعل للنافع العامة ، كالطرق النافذة والشوارع والقناطر والجسور المدة للانتفاع العام ، وذلك مادامت هذه الأشياء مخصصة للمنفعة التي أعدت لها ، فإذا تغير وصفها واسمها تبعاً لتغير معناها بأن صارت شيئاً آخر ، أو أخرجت عما كانت قد أعدت له ، تغير حكمها تبعاً لذلك (أحمد إبراهيم في المعاملات الشرعية ص ١٠ - على الخفيف ص ٣٥ - محمد أبوزهرة ص ٦٤) .
أما المسجد فهو وقف بمجرد جعله مسجداً على قول أبي يوسف ، أو بمجرد الصلاة فيه على قول أبي حنيفة ومحمد . وكذلك يعتبر وقفاً للسقاية والرباط والمغيرة والخان ، إذا رصدها أصحابها لمنفعة الناس (أحمد إبراهيم في المعاملات الشرعية ص ٤٤٣ وما بعدها) .

فهنا نرى الشريعة الإسلامية تميز بين الأشياء العامة كالطرق والشوارع والقناطر والجسور والقلاع والحصون والمراقب ، وبين الأشياء الموقوفة كالمسجد والسقاية والرباط والمغيرة والخان . ثم تميز أيضاً الأموال المباحة كصيد البر والبحر وأشجار الغابات وما في معادن الأرض من الفلزات ، فن استول على شيء منها فهو ملكه ويورث عنه . ويعتبر مالا مباحا الماء والكلا (أي الحشيش الذي ينبت في الأرض بنفسه من غير أن ينبت أحد) والنار ، وقد قال عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة ، الماء والكلا والنار . وشركة الناس في هذه الأشياء الثلاثة شركة إباحة لا شركة ملك . فالماء مال مباح ، ولكل أن ينتفع به مع اشتراط عدم الإضرار بغيره ، فإذا أحرز صار مملوكاً . والكلا مال مباح ، ومن أحرزه ملكه ، وليس لمالك الأرض الذي ينبت فيها الكلا أن يمنع أي إنسان من إحرازه وإن كان له الحق في منع الناس من الدخول في أرضه . والنار مال مباح ، يستضاء بضوئها ، ويصطلى بها ، وبوقد من لهيها ، وتغاط الثياب حولها فن أوقد ناراً في مغارة فإنها تكون شركة بينه وبين الناس جميعاً فيما تقدم ، وإن أوقدها في موضع ممنوك له كان له أن يمنع الناس من الدخول في ملكه لا من الانتفاع بناره (أحمد إبراهيم في المعاملات الشرعية ص ٢٠) .

وننتقل ، بعد هذه العجالة التاريخية ، إلى تفصيل الكلام في الأشياء العامة ،
نفتكلم في المسائل الآتية : (١) التخصيص للمنفعة العامة هو معيار ،
الأشياء العامة . (٢) أمثلة للأشياء العامة أى الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ،
(٣) تكيف حق الدولة في الأشياء العامة . (٤) الأحكام التى تخضع لها
الأشياء العامة .

§ ١ - التخصيص للمنفعة العامة هو معيار الأشياء العامة

٤٦ - معيار الأشياء العامة الذى أقره التقنين المدنى المصرى هو

معيار التخصيص للمنفعة العامة - نبر العاير الأخرى : لما صدر التقنين
المدنى المختلط ، كان الفقه الفرنسى لا يزال غير مستقر فى المعيار الواجب
الأخذ به لتمييز الأشياء العامة من الأشياء الخاصة . فاشتمل هذا التقنين على
نصين ، أخذ فى كل منهما بمعيار يختلف عن المعيار الآخر . فنص فى المادة
٢٥ منه على أن « أملاك الميرى ، كالأستحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل
أن تكون ملكا لأحد » فأخذ هنا بمعيار عدم قابلية الشيء للتملك الخاص حتى
يكون شيئاً عاماً . ولكنه أخذ بعد ذلك بالمعيار الصحيح فى المادة ٢٦ منه ،
إذ ينص على ما يأتى : « كذلك الحال بالنسبة للأموال المعدة لمنفعة عمومية ،
كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك » ، فأخذ بمعيار التخصيص
للمنفعة العامة .

ثم صدر التقنين المدنى الوطنى السابق ، فاشتمل هو الآخر على مادتين
في الأشياء العامة ، إذ نص فى المادة ٩ منه على أن « الأملاك الميرية المخصصة
للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ولا يجوز
حجزها ولا بيعها ، إنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو
أمر ، وتشمل الأملاك الميرية : (حادى عشر) نقود الميرى ، وعلى وجه
العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل
أو بمقتضى قانون أو أمر » . فأخذ التقنين المدنى الوطنى هنا صراحة بمعيار
« التخصيص للمنفعة العامة » . وتكرر الأخذ بالمعيار نفسه فى المادة ١٠ من
هذا التقنين . إذ تنص على أنه « يعد أيضا من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع

العمومية - حقوق التطرق ... وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجيهها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية . فنصوص التقنين المدني الوطني جاء أكثر شمولاً وأشد إيضاحاً وأبعد مدى من نصوص التقنين المدني المختلط ، وهي متأثرة بما وصل إليه الفقه الفرنسي من نتائج في خصوص الأشياء العامة^(١) ، وبخاصة عندما صرحت هذه النصوص بأن الدومين العام لا يجوز تملكه بوضع اليد ولا يجوز حجزه ولا بيعه^(٢) .

وجاء بعد ذلك التقنين المدني الجديد ، فأخذ هو أيضاً بمعيار « التخصيص للمنفعة العامة » في عبارة واضحة صريحة ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدني فيما رأينا : « تعتبر أموالاً عامة العقارات والمقولات .. التي تكون مخصصة لمنفعة عامة .. » . ولم يغفل التقنين المدني الجديد شيئاً من مزايا نصوص التقنين المدني الوطني ، بل جمعها كلها في عبارة موجزة واضحة ، وإنما تجنب تعداد الأشياء العامة الوارد في المادة ٩ من التقنين المدني السابق اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة ، وهو معيار يضع تعريفاً عاماً تتعين

(١) وقد كان پرودون Proudhon كما قدما هو أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين ميزوا بين دومين الدولة (أى أموال الدولة الخاصة) والدومين انعام، وقد قصر الدومين العام على الأشياء ذات النفع العام ، وبين خصائصه من عدم قابلية التصرف فيه وعدم جواز تملكه بالتقادم . وقد تأثر بآراء پرودون أعلام الفقه المدني في ذلك الوقت ، وبخاصة أوبري ورو وديمولومب ولوران ، وهؤلاء استبدلوا بعبارة « دومين الدولة » عبارة « الدومين الخاص » ، وصاروا بذلك يميزون بين الدومين الخاص والدومين العام (محمد زهير جرانة ص ٤٤ هامش ٢) .

(٢) وتنوه محكمة النقض بتقديم نصوص التقنين المدني الوطني في خصوص الأشياء العامة فتقول : « أما المشرع المصري فقد كان أمامه ، وقت وضع القانون المدني الأولي ، القانون الفرنسي الذي اقتبس كثيراً من أحكامه ، وكذلك القانون المختلط . فتفادى النصوص والقصور اللذين لاحظتهما ، وأفرد للأملاك العامة مواد خاصة أتى فيها بيان شامل كامل للأموال المخصصة للمنفعة العامة لا يمكن أن يكون محلاً لبس أو إيهام . فإنه بعد أن صدر المادة التاسعة من القانون المدني بنص قاطع في حصانة الأموال العامة ، بأن قرر صراحة أنه لا يجوز تملكها بوضع اليد الغير عليها المدة المستطيلة ولا يجوز حجزها ولا بيعها ، وإنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر ، عدد الأملاك الأميرية التي تسرى عليها هذه الأحكام في إحدى عشرة فقرة تناولت كل منها نوعاً من أنواع المنافع مستقلاً ومنفصلاً عما سبقه وما لحقه من الأنواع » (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٨) .

بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة إلى تعدادها^(١) . ومن ثم رأينا المادة ٨٧ مدني تنص على ما يأتي : ١٥ - تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة . والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص . ٢ - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم . ويمكن ، من مراجعة هذا النص ، إجمال المزايا التي لم يغفلها التقنين المدني الجديد فيما يأتي : (١) صرح النص في عبارة واضحة بأن معيار الأشياء العامة هو التخصيص للمنفعة العامة . (٢) وبني على معيار التخصيص للمنفعة العامة أن يجعل الأشياء العامة تشمل العقارات والمنقولات على السواء ، فالمنقول كالعقار إذا خصص للمنفعة العامة كان شيئاً عاماً . (٣) وبين أن التخصيص للمنفعة العامة ، كما يكون بموجب قانون أو أمر ، يجوز أن يكون تخصيصاً فعلياً . (٤) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٧ مدني يصرح بأن الأموال العامة هي مملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، فجاء صريحاً في أن حق الدولة أو الشخص العام على الأموال العامة هو حق ملكية . ولكن لجنة المراجعة حذفت كلمة « المملوكة » ، وذلك « تجنباً للأخذ برأى قاطع في هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال »^(٢) . (٥) وبالرغم من حذف كلمة « المملوكة » ، فقد بقي النص يميز بين الأموال العامة التي للدولة وتلك التي للأشخاص المعنوية العامة . ومقتضى ذلك أن النص اتخذ موقفاً صريحاً ، فجعل الأموال العامة متعددة ، بعضها للدولة وبعضها للأشخاص المعنوية العامة الأخرى . وهذا التعدد يتعارض مع فكرة الحراسة ، إذ لو لم يكن للدولة إلا الحراسة والحفظ والصيانة على الأموال العامة دون الملكية ، لاقتضى ذلك

(١) وقد رأينا أن بعض مستشاري محكمة النص اقترح على لجنة مجلس الشيوخ تعديل النص ، بحيث يشمل الفقرات السبع الأولى من المادة ٩ من التقنين المدني السابق . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، مادام المعيار العام الذي وضعه النص سليماً ، التزام هذا المعيار يفنى عن إبراد هذه الأمثلة التي اضطر واضعوا التقنين السابق إلى ذكرها في عهد لم يكن النظم الإداري فيه قد استكمل مقوماته . ويمكن أن يقرر التقنين المدني القاعدة العامة في هذا الشأن ، أما التفصيل فهو أدرى و نطاق القانون الإداري (انظر آفا فقرة ٤٤ في الخامس) .

(٢) انظر آفا فقرة ٤٤ في الخامس .

وحاجة الأموال العامة لا تعددها ، ولا ستلزم ذلك عدم التمييز بين أموال عامة للدولة وأخرى للأشخاص المعنوية العامة دون الدولة . (٦) ولم يغفل النص أخيراً أن ينص صراحة على أهم ما يترتب من الأحكام في خصوص الأموال العامة ، فقال في الفقرة الثانية من المادة ٨٧ ملنى : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » (١) .

ولم يكن معيار « التخصيص للمنفعة العامة » ، الذى أخذ به التقيين المدنى كما رأينا ، هو المعيار الذى ساد فى الفقه الفرنسى فى بداية الأمر . بل سبق هذا المعيار معايير ثلاثة لم تستقر ، وعدل عنها الفقه الإدارى الحديث إلى معيار التخصيص للمنفعة العامة . ولذلك يكون التقيين المدنى المصرى متمشياً مع أحدث تطورات الفقه الإدارى الحديث كما سبق القول .

وأول معيار ساد فى الفقه الفرنسى (٢) هو معيار عدم قابلية الشيء للملكية الخاصة ، قال به ديكورك (Ducrocq) فى مؤلفه فى القانون الإدارى (٣) ، وتبعه فيه برتلمى (Berthélemy) (٤) . وهذا المعيار يرجع إلى طبيعة الأشياء ، فما كان منها غير قابل بطبيعته لأن يملك تماماً خاصاً فإنه يدخل ضمن الأشياء العامة ، وذلك كالطرق والأنهار والموانى . وفى نظر أصحاب هذا المعيار تكون استحالة تملك الشيء تملكاً خاصاً هى المبرر لبعده متميزاً عن الأشياء التى تقبل التملك الخاص ، ومن ثم يكون شيئاً عاماً وتسرى عليه أحكام الأشياء العامة وبخاصة عدم جواز التصرف فيه وعدم قابليته للتملك بالتقادم . ولكن سرعان ما لوحظ أن هذا المعيار ضيق أكثر مما يجب ، فإن كثيراً من الأشياء العامة ، كالبنى والسكك الحديدية والأسمحة والمهمات الحربية والمنقولات الأثرية والكتب المخزونة فى دور الكتب العامة وغير ذلك ، قابلة للتملك الخاص . وحتى هذه الأشياء التى يقال عنها إنها غير قابلة للتملك

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٨٠ .

(٢) وقبل ذلك كان بعض الفقهاء ، ومنهم پرودون وتوليه وديرانتون ، يرددون عبارة التخصيص للنفع العام ، ولكنهم لم يقصدوا بذلك أن يضموا معياراً دقيقاً للتمييز بين الدومين العام والدومين الخاص ، ولم يعنوا بالبحث عن هذا المعيار . وأول من عنى بهذا البحث هو ديكورك .

(٣) الطبعة السابعة الجزء الرابع ص ٩٥ .

(٤) مؤلفه فى القانون الإدارى الطبعة الثالثة عشرة ص ٤٧٣ .

الخاص ، كالطرق والموانئ ، يمكن تصورها مملوكة للأفراد والشركات فكثير من الأفراد يملك طرقاً يفتحها للجمهور ويحفظ بملكيتها فلا تنقل إلى الدومين العام وتعتبر طرقاً خاصة ، كما يمكن أن تصور أن شركة خاصة تستأثر بملكية إحدى الموانئ فلا تدخل هذه الميناء في الدومين العام^(١) .

لذلك عدل عن هذا المعيار الضيق إلى معيار أوسع ، هو تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور (affectation de la chose à l'usage de tous) ، فيكون الشيء عاماً إذا كان مخصصاً لاستعمال الجمهور بطبيعته كما هي الحال في الأنهار ، أو بإرادة السلطة العامة كما هي الحال في الطرق . ومن يأخذ بهذا المعيار كولان وكايتان ودي لاموندا نديير^(٢) ، ويرتبون على الأخذ به إدخال بعض المباني المملوكة للدولة والأشخاص المعنوية العامة ضمن الدومين العام ، وهي المباني المخصصة لاستعمال الجمهور كالمدارس والجامعات ومباني الوزارات والمصحات والمستشفيات والسجون والمحاكم والبورصات والمتاحف والساحانات والأسواق والمدافن والمعابد وما إلى ذلك . ولكن المعيار يضيق عن بعض العقارات وكثير من المنقولات التي يجب اعتبارها داخلة في الدومين العام . ومن أجل ذلك عدل عن هذا المعيار أيضاً ، واتخذ معيار آخر هو معيار

تخصيص الشيء لمرفق عام (affectation de la chose au service public) ، ومن أخذوا بهذا المعيار ديجي^(٣) وچيز^(٤) . فبدخل ، بحسب هذا المعيار ، ضمن الدومين العام أشياء لا تكون مخصصة لاستعمال الجمهور المباشر ولكنها تكون مخصصة لخدمة مرفق عام ، ومن ذلك المنقولات التي ليست مخصصة لاستعمال الجمهور وعدد كبير من المباني التي لم تخصص لاستعمال الجمهور المباشر ولكنها خصصت لخدمة مرفق عام . ولكن المعيار مع ذلك يضيق عن أشياء يكون

(١) بلانسيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١١٨ ص ١٢٥ - ١٢٦ .

(٢) كولان وكايتان ودي لاموندا نديير ١ فقرة ٩٥٣ ص ٧٦٤ - ويأخذ أوبري ورو بمعيار تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور ، وكذلك بمعيار تخصيص الشيء لمرفق عام الذي سيأتي ذكره ، ويأخذان بهذين المعيارين معاً في وقت واحد (أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٣ - ص ٥٤) .

(٣) القانون الدستوري الجزء الثالث الطبعة الثالثة ص ٣٤٨ .

(٤) مقاله المنشور في مجلة القانون العام سنة ١٩١١ ص ٣١٠ وسنة ١٩٢١ ص ٢٦٤ .

الانتفاع بها عاما ولكن عن غير طريق المرفق العام ، وذلك كمحلات العبادة في فرنسا فهذه قد خصصت للمنفعة العامة دون أن تعتبر العبادة مرفقاً عاماً بعد فصل الكنيسة عن الدولة في سنة ١٩٠٥^(١) .

وانتهى الرأى أخيراً إلى اتخاذ معيار « تخصيص الشيء للمنفعة العامة » (*affectation de la chose à l'utilité publique*) ، وهو الرأى الذى استقر فى آخر تطورات الفقه الإدارى ، وأخذ به من فقهاء القانون الإدارى هوريو ورولان وقالين^(٢) . وبهذا المعيار أخذ التقنين الملى المصرى كما رأينا ، فاشى بذلك أحدث تطورات الفقه الإدارى كما سبق القول . وسنورد فيما يلى أمثلة كثيرة للأشياء التى تعتبر داخلة ضمن الدومين العام طبقاً لهذا المعيار ، حتى نحدد المعيار تحديداً واضحاً عن طريق تطبيقاته المتعددة . ونذكر الآن أن الدولة (أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى) تخصص الشيء للمنفعة العامة ، فتنتقله من الدومين الخاص إلى الدومين العام ، عن طريق رسمى بموجب قانون أو ما يقوم مقامه ، أو عن طريق فعلى . كذلك يجوز للدولة (وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى) أن تخصص شيئاً مملوكاً للأفراد للمنفعة العامة فتدخله ضمن الدومين العام ، ولكن بشرط فى ذلك أن ينتقل الشيء للمملوك للأفراد أولاً إلى ملكية الشخص المعنوى العام بسبب من أسباب كسب الملكية فيدخل فى الدومين الخاص ، ثم ينتقل بعد ذلك إلى الدومين العام بطريق رسمى أو بطريق فعلى . فنبحث إذن المسائل الثلاث الآتية :

(١) تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمى . (٢) تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعلى . (٣) تخصيص الشيء للمملوك للأفراد للمنفعة العامة .

(١) كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٥٤ ص ٧٦٥ .

(٢) هوريو فى القانون الإدارى الطبعة الحادية عشرة ص ٦٤٦ - رولان فى موجز القانون الإدارى الطبعة الثانية سنة ١٩٢٨ فقرة ٥٠١ - قالين فى القانون الإدارى الطبعة السادسة ص ٥٠٨ . هذا وقد أخذت لجنة تنقيح التقنين الملى الفرنسى ، فى جلست ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، بمعيارى تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور وتخصيص الشيء لمرفق عام فى وقت واحد .

٤٧ — تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمي : يغلب أن يكون الطريق الرسمي هو الطريق الذي يختار في الأشياء التي تعد إعداداً خاصاً للمنفعة العامة ، وذلك كالمباني العامة والاستحكامات (١) . أما الأشياء المهيأة بطبيعتها للمنفعة العامة ، كالطرق وشواطئ البحار والأنهار ، فلا تحتاج إلى الطريق الرسمي ، إذ هي بطبيعتها مخصصة فعلاً للمنفعة العامة .

وإذا اختير الطريق الرسمي ، فهذا الطريق يتمثل في أن تستصدر الدولة أو الشخص المعنوي العام (كالمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة) قانوناً أو مرسوماً (قراراً جمهورياً) ، بحسب ما توجيه النظم المعمول بها من امتصاص قانون أو قرار جمهوري ، يخصص بموجبه للمنفعة العامة شيء داخل في الدومين الخاص للدولة أو الشخص المعنوي العام ، فيصبح هذا الشيء الذي خصص للمنفعة العامة داخلاً ضمن الدومين العام بموجب القانون أو القرار الجمهوري الذي صدر في هذا الشأن .

وليس يلزم أن تكون الأداة الرسمية التي تنقل الشيء من الدومين الخاص إلى الدومين العام قانوناً أو قراراً جمهورياً ، بل يجوز أن تكون الأداة دون ذلك بحسب ما تقضى به النظم المعمول بها ، فيجوز أن تكون قراراً من مجلس الوزراء أو قراراً وزارياً . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدني في أصلها تقول : « تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم » ، فصدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ يضيف إلى آخر الفقرة العبارة الآتية : « أو قرار من الوزير المختص » . وهذه الإضافة ، كما نرى ، لا تزال قاصرة ، إذ يجوز أن تكون الإداة الرسمية قراراً من مجلس الوزراء . وقد قضت محكمة النقض بأن الأرض لا تعتبر أثرية إلا إذا تقرر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عبارة الذكريت الصادر في ٣ من أغسطس سنة ١٩٠١ ومذكرته التفسيرية تقطعان بأن الغرض منه هو أن تكون منطقة بحيرة مربوط هي وما تآخها من الأراضي المبينة بالرسم الملحق به خزاناً تنصب فيه مياه الصرف والأمطار ، حتى لا تظنى هذه المياه على الأراضي المجاورة ، فهي لذلك من الأموال العامة (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ - قرار نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥) .

ذلك من قبل الحكومة ، أى صدر به قرار من مجلس الوزراء ، أو على الأقل من قبل وزير الأشغال المكلف بتنفيذ قانون الآثار فيما يخصه بمقتضى المادة الثامنة والعشرين منه^(١). بل إن أى قرار إدارى يكفى لإلحاق الشيء بالدومين العام ، إذا نص القانون على ذلك^(٢). ومن هذا ما نصت عليه المادة الرابعة من القرار التنفيذى لذكرى التنظيم الصادر فى ٨ سبتمبر سنة ١٨٨٩ من أن لمجلس التنظيم إلحاق الطرق بالمنافع العامة ، ويعنى ذلك أن قرارا من مجلس التنظيم يكفى لنقل الطريق من الدومين الخاص إلى الدومين العام^(٣).

٤٨ - تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فلى : وقد لا تاجأ الدولة أو الشخص المعنوى العام إلى الطريق الرسمى لنقل شيء من الدومين الخاص إلى الدومين العام ، بل تلجأ إلى الطريق الفعلى ، فتعتمد بملك حلى الواقع فعلا دون حاجة إلى استصدار قانون أو أية أداة رسمية أخرى . وسيلها إلى ذلك هو أن تهىء الشيء الذى كان مملوكا لها ملكية خاصة ليكون صالحا للمنفعة العامة ، وترصده فعلا لهذه المنفعة ، فيصير الشيء بموجب هذا التخصيص الفعلى داخلا ضمن الدومين العام وقد انتقل إليه من الدومين الخاص . مثل ذلك أن تخصص زوائد التنظيم لمروء أصحاب المنازل الواقعة عليها ، وتكون لا تصلح إلا لذلك لوجود استحالة فنية فى تجزئتها وإضافتها إلى الملاك المجاورين ، فتصبح هذه الزوائد بموجب هذا التخصيص الفعلى

(١) فقص مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣١ ص ٦١١ .

(٢) انظر اشتقاق مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ .

(٣) محمد زهير جرة ص ١٦٠ هامش ١ - وقد تكون الأداة الرسمية شيئا آخر كإعطاء البرلمان : انظر م ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ التى تتطلب اعتماد البرلمان مقدما فى إنشاء أو إبطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهتم أكثر من مديرية - أو أخذ رأى إحدى الهيئات : انظر م ٨ و ١١ و ١٢ و ١٣ من القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٣٤ الذى كان خاصا بمجالس المديرىات ، وتوجب هذه النصوص أخذ رأى مجلس المديرية فى إنشاء أو إبطال الترع والمصارف العمومية الخاصة بالمديرية دون سواها ، وفى إنشاء طرق المواصلات البرية أو المائية أو الحديدية متى كانت خاصة بالمديرية دون سواها ، وكذلك فى إبطال تلك الطرق أو تعديل خطوطها ، وفى إنشاء المباني الداخلة فى أملاك الحكومة العامة أو تخصيصها أو تغيير استعمالها أو إلزائها . انظر محمد زهير جرة ص ١٦٠ - ص ١٦١ .

طريقاً عاماً يدخل ضمن الدومين العام ولو لم يصدر بذلك قانون أو أمر^(١) وواقعة التخصيص الفعلي للمنفعة العامة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق وتدخل فيها القرائن . فإثبات أن أرضاً قد أصبحت مقبرة عامة يكفي فيه إثبات أن هذه الأرض قد خصصت بالفعل للدفن وأن الدفن يجري فيها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الصدد بأن هناك قرينة على تبعية الأرض للمنافع العامة مرجعها استعمال الأرض فعلاً في تلك المنفعة ، ومن القرائن التي تدل على تبعية الأرض للمنفعة العامة الإشارة إليها في خريطة المساحة باعتبارها جبانة للمسلمين ، وإن كانت المادة ٤ من دكريتو ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٩ تنص على أن عمليات المساحة لا يمكن أن تؤثر في مسائل الملكية أو تضر بحقوق الأفراد فيستخلص من ذلك أن ليس لخريطة المساحة قيمة سندات الملكية قانوناً ، إلا أنه لا يمكن القول بعدم جواز الاستثناس بها كعنصر من عناصر التقدير في دعوى تقبل فيها جميع طرق الإثبات^(٢) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك بأنه لا يشترط صدور مرسوم بعمومية ترعة لتوافر لها هذه الصفة التي تدل على قيامها ظروف إنشائها والانتفاع العام بها^(٣) ، وبأنه للمطالبة بمال باعتبارها من الأملاك العامة للدولة كالأراضي المكونة لقاع البحيرات ، ليست الدولة في حاجة لتقديم مستند ، بل يكفيها أن تتمسك بطبيعة هذه الأشياء نفسها ، أو بواقعة تخصيصها للاستعمال العام أو لمرفق عام معين أو لحاجات ضرورية لحياة الدولة^(٤) .

ولمحكمة النقض الرقابة على الوصف الذي تستخلصه محكمة الموضوع مما تحصله من الوقائع فيما يتعلق بأن الشيء قد دخل في الدومين العام لتخصيصه بالفعل للمنفعة العامة^(٥) .

(١) المنصورة الكلية الوطنية ٤ يناير سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ٤٩٤ ص ١٢٧٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢١٢ .

(٤) استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ - انظر محمد زهير جبرانة

ص ١٦٢ هامش ٢ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن قاضي الموضوع حر في تقدير الوقائع الثابتة لديه ، ولكن لمحكمة النقض أن تتدخل في صورة ما إذا كانت النتيجة التي استخلصها من تلك الوقائع لا تتفق مع موجب هذه الوقائع قانوناً ، فإن موقضى بأن قطعة ما من الأرض تعتبر من =

٤٩ - تخصيص الشيء المملوك للأفراد المصلحة العامة : وفي كل ما قدمناه

كنا نفترض أن الدولة أو الشخص المعنوي العام إنما ينقل الشيء من الدومين الخاص المملوك له إلى الدومين العام ، ولم يكن هذا من شأن أن ينقل الشيء من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى ، والشيء في الحالتين يبقى مملوكا للدولة أو للشخص المعنوي العام ، وإنما أصبح بدخوله في الدومين العام خاضعا لأحكام تختلف عن تلك التي كان يخضع لها عندما كان في الدومين الخاص (١).

والآن نفترض أن الدولة أو الشخص المعنوي العام قصد أن يخصص للمنفعة العامة شيئا ليس في ملكه (أي ليس في الدومين الخاص) ، بل هو مملوك للأفراد ، مثل ذلك أن تقصد الدولة تحويل طريق خاص مملوك لأحد الأفراد إلى طريق عام . فهنا يجب أن تمر العملية بمرحلتين : (المرحلة الأولى) أن تنقل الدولة أولا الطريق الخاص إلى ملكيتها الخاصة فيصبح الطريق داخلا في الدومين الخاص . (والمرحلة الثانية) أن تخصص الدولة : بعد أن يصبح الطريق في الدومين الخاص ، هذا الطريق للمنفعة العامة بطريق رسمي أو بطريق فعلي على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، وعند ذلك يدخل الطريق في الدومين العام . فلا يجوز إذن أن تعتمد الدولة إلى الطريق الخاص وتدخله مباشرة في الدومين العام ، قبل أن تنقل ملكيته إليها فبدخل أولا في الدومين الخاص ومنه ينتقل إلى الدومين العام . ولو فعلت الدولة ذلك : وخصصت الطريق رأسا للمنفعة العامة قبل أن تنقل ملكيته إليها ، لكان هذا غصبا غير مشروع .

بقي أن نحدد كيف تنتقل ملكية الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى دومين

= أملاك الحكومة الخاصة ، ورأت محكمة النقض أن الوقائع التي اتخذها أساسا حكمه توجب اعتبار هذه القطعة مخصصة للمنفعة العامة ، كان حكم خاطئا في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١١ ص ٤٣٤) . وجاء في أسباب هذا الحكم : « حيث إنه يستخلص من تقرير الخبير ومن الرسم المرفق به المقدمين لهذه المحكمة أن أرض النزاع تدخل ضمن قطعة أرض خصصت بالفعل من زمن للمنفعة العامة ، وعملت عنها خريطة في سنة ١٩١٤ أجرى الخبير تطبيقها فانطبقت ، وأن الأرض جميعها مسورة تقريبا من جميع جهاتها بمعرفة مصلحة السكة الحديدية ، وأن القطعة المتنازع عليها واقعة بين شريط السكة الحديدية ومساكن عمال الدريسة . وحيث إن البيانات . . تدل دلالة واضحة على أن أرض النزاع مخصصة بالفعل للمنفعة العامة وأنه لا حاجة لاستصدار مرسوم بقانون بإخراجها من الأملاك المخصصة »

الدولة الخاص ، تمهيداً لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة وإدخاله في الدومين العام . يكون ذلك عادة بالطرق المعروفة لكسب الملكية في القانون المدني ، والطرق التي يمكن تصورها هنا هي العقد والاتصاف والتقادم . فيجوز للدولة أن تشتري الشيء المملوك لأحد الأفراد من صاحبه ، فتنقل ملكية الشيء إلى الدومين الخاص بموجب عقد الشراء ، ثم تخصصه الدولة بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل في الدومين العام . كذلك يجوز أن تمتلك الدولة الشيء عن طريق الاتصاف ، فيصبح ملكاً لها ويدخل في الدومين الخاص مع دفع التعويض الواجب قانوناً للمالك الأصلي ، ثم تخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة . ويجوز أخيراً أن تمتلك الدولة الشيء المملوك لأحد الأفراد عن طريق التقادم ، وهذا يقع كثيراً ، فإذا تم التقادم وأصبحت الدولة مالكة للشيء فدخل في الدومين الخاص ، خصصته بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل في الدومين العام (١) .

على أنه يضاف إلى طرق كسب الملكية المقررة في القانون المدني ، بالنسبة إلى الدولة وإلى الأشخاص المعنوية العامة ، طريق نزع الملكية للمنفعة العامة . فيجوز للدولة وللمجافظات والمدن والقرى والهيئات العامة وغير ذلك من الأشخاص المعنوية العامة أن تنزع ملكية الأفراد بموجب إجراءات رسمها القانون ، لقاء تعويض رسم القانون أيضاً بطريقة تحدده . فإذا لجأت الدولة أو الشخص المعنوي العام إلى طريق نزع الملكية ، فإنه ينقل بهذا الطريق الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى ملكه الخاص (الدومين الخاص) أولاً ، ثم تخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة . فيدخل ضمن الدومين العام (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد استعمال قطعة أرض لممرور العامة لا يمكن جعلها طريقاً عاماً ، ويجب على الحكومة ، إذا ادعت أن قطعة أرض صارت بمضي المدة طريقاً عاماً ودخلت ضمن الأملاك المخصصة للمنافع العامة ، أن تثبت وضع يدها عليها المدة القانونية بطريقة ظاهرة ومستمرة ، كأن تثبت مثلاً أنها رصفت هذه الأرض ، أو جعلت فيها ممشى أو غرست أشجاراً أو مدت أنابيب غاز أو أقامت عليها المصابيح (استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٠ ص ٣٣) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد زهير جرة في هذا الصدد : « ويلاحظ ، خلافاً لما يتقده الكثيرون ، أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لا يستتبع حتماً اعتبار العقار من الأموال العامة ، فليس هناك تلازم حتى بين دواعي المنفعة العامة التي تنص نزع الملك عن بعض الأفراد وبين »

فإذا لم يلبجأ الشخص المعنوي العام إلى إجراءات نزع الملكية ، ولم يلبجأ في الوقت ذاته إلى أى طريق آخر من طرق كسب الملكية التي سبق ذكرها حتى يضيف الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى ملكه الخاص تمهيداً لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة فينتقل إلى الدومين العام ، إذا لم يلبجأ إلى شيء من ذلك بل عمد رأساً إلى تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، قاصداً بذلك نقله مباشرة من ملكية مالكة الأصل إلى الدومين العام ، فهذا هو الغصب غير المشروع كما قدمنا . وبالرغم من أن هذا غصب غير مشروع ، فإن محكمة النقض مع ذلك لا تتعرض لعدم صحة دخول الشيء في الدومين العام ، وتكتفي بالحكم بتعويض للمالك الأصلي . وقد قضت في هذا المعنى بأن للمالك الذي اغتصب ملكه ، وأضيف إلى المنافع العامة بغير اتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية ، حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الأرض الذي نزع ملكيتها منه جبراً عنه^(١) . ويؤخذ على هذا المبدأ الذي قرره محكمة النقض أن المحكمة لا تقيم وزناً لواقعة الغصب ، ويستوى طبقاً لهذا المبدأ المالك الذي نزع ملكيته طبقاً للإجراءات التي رسمها القانون والمالك الذي غصب الشيء المملوك له دون اتباع الإجراءات القانونية ، فكلاهما يقتصر حقه على التعويض ، الأول عند اتخاذ الإجراءات القانونية لنزع ملكيته ، والثاني عند ما يقاضي

اعتبار المقارات المنزوعة أموالاً عامة . ذلك أن صفة العمومية في المال وليدة تخصيصه للانتفاع العام به . أما دواعي المنفعة العامة في نزع الملكية فقد تتحقق وتند في غايتها من غير حاجة إلى إسباغ صفة العمومية على المقارات المنزوعة ، وإن كان يوجب في العمل أن الاجوء إلى نزع الملكية يراد به إلحاق المقارات المذكورة بالأموال العامة .. وعلى هذا فيشترط لصيرورة المقار في هذه الصورة من الأموال العامة أن ينص في مرسوم نزع الملكية على تخصيصه للمنفعة العامة ، أو تخصيصه بالفعل باعتبار أنه أصبح من أموال الدولة لهذه المنفعة ، وإلا اعتبر من الأموال الخاصة . (محمد زهير جرائنة ص ١٧٤) - وانظر أيضاً هوريو في موجز القانون الإداري الطبعة الحادية عشرة ص ٧٢٥ - أوتوماير في القانون الإداري الألمان الترجمة الفرنسية جزء ٣ طبعة سنة ١٩٠٥ ص ٥٢ - جانس فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥ - محمد كامل مرسى في مقاله عن الأموال الخاصة والعامة ص ٧٨٢ وص ٧٨٤ .

(١) نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٠ ص ٢٣٤ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٣ ص ٢٩٠ - ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥١ ص ١٤٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ - ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ .

الشخص العام على أثر الغصب . وكان الواجب التمييز بين الحالتين ، ففي الحالة الأولى ، إذا اتبعت الإجراءات التي رسمها القانون ، كان انتقال الشيء إلى الدومين العام صحيحاً ، واقتصر حق المالك الأصلي على التعويض الذي يحصل عليه عند اتباع الإجراءات القانونية . أما في الحالة الثانية فالأمر يختلف ، إذ أن الشخص المعنوي العام قد غصب من المالك ملكه ولم يتبع الإجراءات التي رسمها القانون ، فالواجب إذن اعتبار هذا الغصب عملاً غير مشروع وليس من شأنه أن يسلب المالك ملكه . ومن ثم يكون الشيء لا يزال باقياً على ملك صاحبه ، فلا يمكن إذن أن يكون قد انتقل إلى الدومين العام ، ونقضى المحكمة في هذه الحالة برد الشيء عينا إلى صاحبه مع التعويض إذا كان له محل . وعلى الشخص المعنوي العام ، إذا بقي مصرأً على إلحاق الشيء بالدومين العام ، أن يبدأ أولاً باتباع الإجراءات القانونية لنقل ملكية الشيء إلى الدومين الخاص ، كأن يتخذ إجراءات نزع الملكية . فإذا تمت هذه الإجراءات وانتقل الشيء إلى الملكية الخاصة للشخص المعنوي العام ، عمد هذا إلى تخصيصه للمنفعة العامة فينتقل بذلك إلى الدومين العام ^(١) .

§ ٢ - أمثلة للأشياء العامة أي للأشياء المخصصة للمنفعة العامة

٥٥ - قرارا **المؤشياء العامة** : أوردت المادتان ٩ و ١٠ من **التنظيم الملحق**

(١) انظر في هذا المعنى محمد زهير جرانة ص ١٨٣ - محمد كامل مرسى في مقاله من **الأموال الخاصة والعامة** ص ٧٨١ - محمد علي عرفة فقرة ١١٥ - عبد المنعم الشرفاوى في شرح قانون المرافعات فقرة ١٢٥ ص ١٩١ - أسبوط الجزئية ٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٤ رقم ٣٣٠ ص ٦٥٢ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٠٨ - وانظر هوريو في القانون الإداري طبعة ١١ ص ٣١ - أوتوماير ٣ ص ١٤٦ .

وهناك رأى يذهب إلى التمييز بين ما إذا ترتب على تخصيص المال المنسوب للمنفعة العامة تغيير في معاله فيصبح نهائياً من الأموال العامة ولا تزول عنه هذه الصفة ويقتصر حق المالك الأصلي على المطالبة بالتعويض ، وبين ما إذا لم تتغير معالم العين بتخصيصها للمنفعة العامة فلا تلحقها صفة المال العام ولا يسقط عنها حق صاحبها وترد إليه عينا (محكمة استئناف أسبوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦٠ ص ٧٢٥ - وحيد رأفت في القانون الإداري ص ١٠١٢) . وانظر في الرد على هذا الرأى محمد زهير جرانة ص ١٨٤ وهامش رقم ١ .

الوطني السابق ، كما رأينا^(١) ، تعدادا للأشياء العامة ، لا على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل . وقد أغفل التقنين المدني الحديد هذا التعداد اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة ، وهو معيار يضع تعريفاً عاماً متعين بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة إلى تعدادها^(٢) . ومع ذلك فإننا إذا أردنا لإيراد أمثلة للأشياء العامة ، فإن هذا التعداد الذي أغفله التقنين المدني الحديد يشتمل على أمثلة كثيرة فيها كل الغناء . لذلك نعود إلى هذا التعداد على أن نخور في الترتيب الذي ورد في التقنين المدني السابق ، متوخين في هذا التحوير أن نرتب الأشياء العامة تبعاً لموقعها (أرضية ونهرية وبحرية) ، وتبعاً للأغراض التي أعدت لها (أشياء عامة حربية وأشياء عامة ذات غرض ديني أو خيرى ومبان أعدت لتكون مقراً للمصالح الحكومية) ، وتبعاً لطبيعة الشيء (المنقولات وحقوق الارتفاق) . وعلى هذا الأساس نورد التعداد على الوجه الآتي :

١- أشياء عامة أرضية ، الطرق والشوارع والقناطر والحواري ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات (والتلفونات) .

٢- أشياء عامة نهرية : الأنهار والنهيرات التي تمكن الملاحة فيها ، والترع العامة (والمصارف العامة) ، والمين والمرافئ والأرصعة والأراضي والمباني اللازمة للانتفاع بالأنهار والنهيرات والترع (والمصارف) ولمرورها .

٣- أشياء عامة بحرية : الشواطئ ، والأراضي التي تتكون من طمي البحر ، والأراضي التي تنكشف عنها المياه ، والمين والمراسي والموارد والأرصعة والأحواض ، والبرك والمستنقعات المستباحة المتصلة بالبحر مباشرة ، والبحيرات المملوكة للميرى .

٤- أشياء عامة حربية : الحصون والقلاع والخنادق والأموار والأراضي في مناطق الامتحكامات ، ولو رخصت الحكومة في الانتفاع بها لمنفعة عمومية أو خصوصية ، والترمانات والقشلاقات والأدراجة والمهمات الحربية والمراكب الحربية .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤ ؛ في الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦ .

٥ - أشياء عامة ذات غرض ديني أو خيري : الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، والمرافق .

٦ - المباني الحكومية : العقارات الميرية ، مثل السرايات والمنازل ولحقاقها المخصصة لإقامة ولي الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديریات ، وعلى العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية .

٧ - المنقولات : مراكب النقل أو البومستة (أو الطيارات) ، والدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية ، ونقود الميرى .

٨ - حقوق الارتفاق : حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الخيرية ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة ، أو توجيهها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .
ونستعرض هذه الأشياء تباعا .

٥١ - أشياء عامة أرضية : تعتبر الطرق والشوارع والقناطر والحوارى المخصصة للمنفعة العامة ، أى المخصصة لمرور الجمهور ، أشياء عامة . وتكون هذه الأشياء مخصصة للمنفعة العامة إما بموجب قانون أو ما يقوم مقامه وهذا هو التخصيص الرسمي ، أو بموجب التخصيص الفعلي ، بأن يكون الطريق أو الشارع مطروقا يمر فيه الجمهور من مدة طويلة ، أو أن تكون الإدارة قد تولت العناية بالطريق أو الشارع فعبدته للمرور ورصفته وأنارته وغرست فيه الأشجار مثلا . ولاعتبار طريق أو شارع مخصصا للمنفعة العامة ، لا يشترط أن توجد مصاحبة تنظيم في الجهة التي يوجد فيها الطريق أو الشارع^(١) . ولا يشترط كذلك أن يكون الطريق أو الشارع على نفقة الحكومة كما تشترط ذلك المادة ٥٣٨ مدني فرنسي ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون المدني الأهمي قد أطلق النص الخاص بالطرق من كل قيد ومن كل شرط لإلعدم ملكية الأفراد لها ، فليس ثمة شرط الصرف على الطرق بمعرفة الحكومة

(١) استئناف وطني ٧ أبريل سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٠٩ ص ١٦٠ .

— كما جاء في القانون الفرنسي — من الشروط التي يمنع الإخلال بها من اعتبار هذه الطرق من المنافع العمومية ، ولا تحتاج إلى أوامر إدارية أخرى غير اعتبارها متروكة للطريق^(١) . ويجوز للأفراد فتح طرق أو شوارع خاصة في ملكهم ، ويبقى الطريق أو الشارع ملكا خاصا لصاحبه ، ويدل على ذلك بعلامة مادية هو أن يسد طرفي الطريق أو الشارع بباب أو درابزين أو جنزير لمنع مرور الجمهور فيه (المادة ٩ من الأمر العالي الصادر في ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ في خصوص أحكام مصلحة التنظيم) . ويجوز أن ينتقل الطريق أو الشارع من ملك الفرد الخاص إلى الدومين العام ، وذلك بأن يتنازل المالك عن الطريق أو الشارع للحكومة وتختصه هذه للمنفعة العامة ، وقد يكون التنازل ضمنيا كما لو أجرت الحكومة وضع النور أو الرصف وسكت المالك عن ذلك^(٢) . ولإدارة الحق في تعديل الطرق والشوارع العامة وفي إلغائها ، أما الملاك المجاورون للطريق العام فينحصر حقهم في تمكينهم من الوصول إلى

(١) نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ٢٧٧ . وقد جاء في هذا الحكم بأن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون المدني (السابق) صريحة في اعتبار الطرق — بوصف أنها طرق مهيأ كانت حالتها ومهيأ كان موقعها وبلغ العناية بها — هي من الأملاك العامة ، بشرط واحد هو ألا تكون ملكا لبعض أفراد الناس . فإذا ما اعتبرت الحكومة جزءاً من أرض طريقاً ، وطرح الأمر على المحكمة ، وجب على المحكمة أن تقصر بحثها على معرفة ما إذا كان لهذا الجزء مالك أم أنه لا مالك له . ففي الحالة الأولى لا يمكن اعتباره من الأملاك العمومية ، إلا إذا أثبتت الحكومة أنها تملكته أو أنها قامت بجميع الإجراءات التي يفرضها عليها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة . وأما في الحالة الثانية فيجب اعتباره من أملاكها العمومية ، التي لا يجوز تملكها بوضع اليد مهما طالت مدته .

(٢) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢٠٨ ص ٥٠٨ — استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٧ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ — ويعتبر تنازل المالك عن الطريق أو الشارع الخاص للحكومة لتحويله إلى طريق أو شارع عام ، وكذلك تنازل المالك للحكومة عن قطعة أرض لإنشاء شارع نظير الفائدة المرجوة من إنشاء الشارع ، تنازلاً بموض ، فلا يلزم تحرير ورقة رسمية بل تكفي الورقة العرفية (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ — استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٧ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٢ ص ١٤٠ هامش ١ — محمد علي هرة فقرة ١٢٨ ص ١٥٨ — وانظر عكس ذلك استئناف مصر ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ المحامة ٤ رقم ٤١١ ص ٥٣٧) .

أملأهم وفي تمتيعهم بما هو ضروري من النور والهواء^(١).
 ويدخل في الأشياء العامة السكك الحديدية وخطوط التلغراف وخطوط
 التلفون ، وكل ما آل أو يؤول إلى الدولة أو إلى البلديات من وسائل النقل العام
 كالترام والأوتوبيسات والمطارات والطائرات وغيرها . وفيما يتعلق بالسكك
 الحديدية هناك منشور قديم ، كان له وقت صدوره قوة القانون ولا يزال
 معمولاً به حتى الآن ، وهو منشور باشمعاون الخديوى الذى صدر فى ٢٠
 المحرم سنة ١٢٨١ (٢٥ يولييه سنة ١٨٦٤) ، وينص على ما يأتى : « الأراضي
 المجاورة لجانبى السكة الحديد لا يجوز بيع شيء منها ، ما لم يكن من بعد كل
 خندق من الجهتين بخمسة أقصاب . والغير جائز التصريح ببيعه إنما هو جسر
 السكة والجنايبتان المجاورتان له والحسيران اللذان بجانبها المعدان للمرور والعبور
 كما هو مرسوم ومقنن من ديوان الأشغال والسكة الحديد ، بما أن ذلك من
 الحسور والطرق العمومية التى لا يجوز فيها بيع ولا شراء ، وما عدا ذلك بالطبع
 يجرى فيه البيع والشراء بخلافه . وأما أرض الخنادق عند جفافها من الماء إذا
 كانت تستعد للزراعة وتكون من المضاف بالمال أو بالعشور ، فيمكن للمضافة
 عليه الانتفاع بزراعتها ، بحيث أن الزراعة التى تجرى بها لا تضر بسكة الحديد
 ولا يترتب عنها حرمان مرور المياه الصفى أو الشوى بالخنادق المذكورة »^(٢).
 وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن يعتبر جسر السكة الحديدية والجنايبتان من
 المنافع العامة بمقتضى منشور الباشمعاون الصادر سنة ١٢٨١ هجرية ، والذى
 كان له قوة القانون قبل صدور قانون نزع الملكية ، وطبقاً لقائمة التالف التى

(١) فقص مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ٧٧٢ - استئناف
 مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٤ (إذا ترتب على تنفيذ أعمال مقرر لمصلحة عامة على
 طريق عام إضعاف مائة المنازل المجاورة أو تغيير المنافذ أو صد المناور ، فالإدارة ملزمة
 بالتعويض) - استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ (الملاك المجاورون للطريق
 العام لا يستطيعون المعارضة فى تعديل الطريق أو إلغاءه ، ولكن لهم أن يطالبوا الإدارة بالتعويض) -
 استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٦ (إنشاء مرحاض عام فى طريق عام لا يكون
 سبباً لمطالبة الملاك المجاورين بالتعويض إلا إذا أثبتوا أن الإدارة قد سببت لهم بإهمالها أضراراً
 تفوق الأضرار التى تلازم عادة مثل هذه المشروعات العامة) .

وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٣ ، والأحكام المشار إليها فيه .

(٢) انظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٨ ص ١٥٥ - ص ١٥٦ .

عملت بناء على منشور الباشمعاون وتضمنت بيان الأرض التي أخذت للسكة الحديدية وأدخلت في المنافع العامة^(١).

(١) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٧ ص ٨٢٥ - وانظر أيضاً استئناف وطني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٣ ص ٦٢ - ٩ فبراير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٥ ص ١٠٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن منشور باشمعاون خديوى الذى صدر فى ٢٠ المحرم سنة ١٢٨١ هو الأصل الذى يجب الرجوع إليه لمعرفة ما هى الحالة القانونية للأراضى التى تمر عليها السكك الحديدية والأراضى التى تجاور هذه السكك . وقد قسم المنشور المذكور هذه الأراضى إلى قسمين . وجعل الأول من المنافع العمومية التى لا يجوز بيعها ولا التصرف فيها ، وهى جسور السكك الحديدية والخنادق المجاوران لها يميناً وشمالاً والطريق المعد لمروء الناس بجانب كل خندق . وجعل على القسم الثانى منها حق الارتفاق لمصلحة السكك الحديدية ، وهذا القسم يشمل الأراضى التى لا تبعد عن الطريق، المجاور للخندق أكثر من خمس أقدام . وقد اعتبر هذا المنشور أن كل جسر من جسور السكك الحديدية يجاوره خندق من كل جهة ، ولكن هذا الاعتبار القانونى لا يؤخذ منه أن هذه الخنادق يجب أن تكون موجودة فعلاً وفيها مياه ، بدليل أن المنشور نفسه قد صرح عكس ذلك وسمح بزرع أرض الخنادق إذا جفت ، ولكن جفاف هذه الخنادق واستعمالها للزراعة هو شىء عارض (استئناف وطني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ٣٧٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن النص العربى لمنشور سنة ١٢٨١ هجرية الملحق بلائحة الأطنان السعيدية تحت رقم ١٤ لو ترجم ترجمة صحيحة لظهر : أولاً أن جسر السكك الحديدية والخنادق المجاورين له والجنايبتين المجاورتين للخندق والمعدتين للمرور هى ملك الدولة ملكاً مطلقاً ولا يجوز التصرف فيها ولا امتلاكها بالتقادم - ثانياً أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقدام (١٧ متراً و ٧٥ سنتيمتراً) من بعد الجنايبتين المجاورتين للخنادق ليست ملكاً لمصلحة السكك الحديدية ولا حق لها فى تحصيل إيجارها ، ولكن إذا انتقلت ملكية هذه الأراضى كان للمصلحة الحق فى التدخل والاتفاق مع المشتري على شروط الامتلاك وكيفيته ، منعاً لما عساه أن يصيب المصلحة من الضرر وحتى لا يتعطل سير السكك الحديدية . فللمصلحة إذن حق ارتفاق من نوع خاص (sui generis) لتطمئن إلى طريقة انتفاع المشتري بالأرض بحيث لا يمارض انتفاعه مع مصلحتها أربط طريق استغلالها (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١ - ١٦ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٥ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٠ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٨ ص ١٢٧ .

ويتبين من ذلك أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقدام من بعد الجنايبتين المجاورتين للخنادق هى ملك خاص للأفراد ولهم حق التصرف فيها بعد مراعاة حق مصاحبة السكك الحديدية من الاتفاق مع المشتري على شروط التملك وكيفيته ، ويجوز تملكها بالتقادم (محمد على عرفة فقرة ١٢٩ ص ١٦١ - محمد زبير جبرانة ص ١٨٧ - ص ١٨٩) .

٥٢ - أشياء عامة نهريّة : ويعتبر من الأشياء العامة نهر النيل ، مياهه ومجرّاه وقاعه وجسوره^(١) وفروعه^(٢) . فيجوز للأفراد وللملاك الأراضي المجاورة للنيل الاستفادة من مياهه^(٣) . أما المجرى فهو خط يتحدد بالمتوسط بين أعلى مياه يصل إليها النيل في أعلى فيضانه وأعلى مياه يصل إليها في أخفض فيضانه ، وذلك في خلال مدة طويلة من السنين فيما عدا السنين الذي يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائياً^(٤) . فكل الأراضي والجزر التي تدخل في هذا المنسوب تعتبر جزءاً من مجرى النيل . وتعتبر الأراضي الواقعة على جسور

(١) استئناف مخطط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٧ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠١ - ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٩ - وقد قضى بأنه يدخل المنافع العامة مسطح النهر بما في ذلك المجرى بمعنى الواسع ويشمل الفروع المختلفة والقاع حتى الجسور ، فليس للملاك المجاورين حق القيام بأعمال تفيد كسب الملكية ولا بأعمال لاتقاء الفيضان بدون ترخيص من الحكومة (استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥) . وقضى أيضاً بأن ما يتبع الأنهار الصالحة للملاحة ، أي الضفاف المالية والأراضي الواقعة على جسور النيل ، يعتبر من أملاك الحكومة العامة ، فإن تغير التملك بالتقادم (استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١) .

(٢) استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ .

(٣) استئناف مخطط ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٧٨ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ .

(٤) وقد قضى بأن فراش (lit) النهر أو مجراه يتحدد بالمنسوب الذي يصل إليه أعلى مياه النهر في وقت الفيضان العادي ، أي المتوسط في عدة سنين ، ماعداً التي يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائياً ، فكل ما يدخل في هذا المنسوب يعتبر جزءاً من مجرى النهر فيكون من الأملاك العامة (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٢٩٦) . وقضى بأن الأطنان التي أغرقها المياه إذا كانت تعد بحسب طبيعة موقعها جزءاً من مجرى النهر ، ولما ارتفع منسوبها بتراكم الطمي أبيع تملكها للأهالي ، فإن هذا التملك لا يعني أنها لم تعد جزءاً من مجرى النهر ، لأن الواقع أنها جزء منه ، ولذلك فإن ملكية أصحابها تكون محمّلة بحق ارتفاع مقرر للمنفعة العامة من مقتضاء أن تضرر مياه النهر عند الحاجة لتجرى مياهه فيها هذه طليقة بين جسرين ، دون أن يكون لأصحابها حق في التعمييض عن ذلك ، ولذلك تكون الحكومة غير ملزمة قانوناً بالمحافظة عليها من الغرق (لمس الدولة ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة مجلس الدولة ٤ رقم ٢٢٤ ص ٧٣٧) . وانظر أيضاً منقضى مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٨١ ص ١٧١ - استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ - ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٦ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩ - محمد كامل مرسي فقرة ١٣٧ - محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ - وحيد رأفت ص ١٠٠٠ .

النيل من الأشياء العامة التي لا يجوز تملكها بالتقادم^(١) ، ولا إجراء أعمال لانقضاء الفيضان بغير ترخيص من جهة الإدارة^(٢).

كذلك يدخل ضمن الأشياء العامة الترع العامة والمصارف العامة. والترعة العامة هي كل مجرى معد للرى تكون الدولة قائمة بنفقات صيانتها ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال (م ٢ من قانون الرى والصرف)^(٣) . والمصرف العام هو كل مجرى معد للصرف تكون الدولة قائمة بنفقات صيانتها ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال (م ٣ من قانون الرى والصرف) . ومقتضى أن يكون المجرى ترعة عامة ومصرفا عاما أنه يجوز للجميع الانتفاع بالترعة واستعمال مياهها لرى أراضيهم ، والانتفاع بالصرف واستعماله لصرف المياه فيه . وقد وضعت قيود على هذا الاستعمال لضمان توزيع المياه توزيعا عادلا ، وتسهيل الملاحة ، والانتفاع بالجسور ، من ذلك قلع الأشجار المغروسة فى جسور الترع ، إذا ثبت أنها تعوق سير مياه التربة أو تعطل الملاحة فيها أو تعطل المرور على جسورها (م ٩ من قانون الرى والصرف) ، وحظر إنشاء مأخذ المياه فى جسور النيل أو جسور الترع العامة إلا بترخيص (م ٣٦ من قانون الرى والصرف) ، ووجوب الحصول على ترخيص لإقامة أية آلة من الآلات الرافعة التي تدار بغير اليد كالساقية أو التابوت (م ٤٥ من قانون الرى والصرف) . وتعتبر جسور الترع والمصارف العامة من الأشياء العامة ، فلا يصح تملكها بالتقادم^(٤) - ولكن يجوز الترخيص للأفراد فى زراعة

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٨١ ص ١٧١ - استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ - محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن اتصاف ترعة بأنها عمومية أو غير عمومية أمر قانونى يبتت لاحقة الترع والجسور ، فن واجب المحكمة إذن أن تراعى فى قضائها ما جاءت به تلك اللامحة فى هذا الصدد . فإذا هى لم تفعل ، واعتمدت فقط فى قيام صفة التربة على تقرير الخبير المؤسس حل تطبيق خريطة فك الزمام المرسوم عليها ما يفيد أن التربة يجسر بها عمومية ، كان حكمها متعبنا نقضه (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة المكاتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٣) .

(٤) استئناف وطنى ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٢ ص ١٨٠ - استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ - ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٤٦ -

جسور الترع ، ويصدر الترخيص من وزارة الري ، ولها أن تقبله بالشروط التي تراها لازمة لمنع الإضرار بصالح الري والصرف (م ٨ من قانون الري والصرف) . أما المساق والمصارف الخاصة فهي مملوكة للأفراد ، ولكن يجوز لهم التنازل عنها للحكومة لتصبح ترعا ومصارف عامة تتولى الحكومة صيانتها . كما يجوز بقرار جمهوري أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة أو مصرفا عاما إذا كانت المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببجيرة يصب في أي منها . ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاما (م ٤ من قانون الري والصرف) . وبقاء ترعة أو مصرف ضمن الأشياء العامة منوط بكون الحكومة مستمرة على تولى حفظها وصيانتها وتنظيفها ، فإذا انقطعت الحكومة عن ذلك جاز أن يؤول انقطاعها نقلا للترعة أو المصرف من الأشياء العامة إلى الأشياء الخاصة ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة إلى الجسور^(١) .

ويتبين من ذلك أن الأشياء العامة النهرية (donaine public fluvial) إما أن تكون طبيعية وهي نهر النيل ، أو صناعية وتشمل الترع والمصارف والمين والمرافق والأرصفت والأراضي والمباني اللازمة للانتفاع بالنهر أو الترع^(٢) .

٥٣ - أشياء عامة بحرية : وشواطئ البحر (rivages de la mer)

تعتبر من الأشياء العامة ، والشاطئ يشمل الأرض التي يغطيها أعلى أمواج

- محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ - ومسطح التربة (banquette du canal) الواقع بين جسرهما والماء يعتبر من الأشياء العامة ، ولا تزول عنه هذه الصفة إلا بحادث طبيعي أو بأمر إداري ينقله إلى الأشياء الخاصة (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٢ - محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٦٠ هامش ٢) .

(١) نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة صر ٢ رقم ٣٤ ص ٨٦ (بالنسبة إلى للترعة أو المصرف) - استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩١ (بالنسبة إلى الجسور) .

(٢) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٥ .

طشياء ، ويرجع في تحديدھا إلى الطبيعة^(١) . فلا يجوز التصرف في شواطئ البحر على هذا التحديد ، كما لا يجوز تملكھا بالتقادم^(٢) . ولا يجوز أخذ رمال أو أحجار أو حصي أو مواد أخرى من شواطئ البحر (وهي من الأملاك العامة كما رأينا) ، أو من الأراضي التي تتكون من طمي البحر أو التي ينكشف عنها البحر (وهي من أملاك الحكومة الخاصة كما سنرى) ، في السواحل التي تعين بقرار يصدره المحافظ أو المدير ، وإلا كانت العقوبة غرامة مقدارھا مائة قرش وضبط هذه المواد ومصادرتها (قرار ناظر الداخلية الصادر في ٦ مارس سنة ١٩١٢) .

وكذلك تعتبر من الأشياء العامة البرك والمستنقعات (les marais et étangs) المستصلحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للدولة ، فلا يجوز التصرف فيها ولا تملكھا بالتقادم^(٣) .

والأشياء العامة البحرية (domaine public maritime) كالأشياء العامة النهرية (domaine public fluvial) إما أن تكون طبيعية وتشمل شواطئ البحر والمراسي والموارد (les havres et rades) والبرك والمستنقعات المستصلحة والبحيرات ، أو أن تكون صناعية وتشمل المين (les ports)

(١) استئناف مخطط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨ - أول يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٩ - محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٣٢ ص ١٥٩ - محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٨ - أما البحر ذاته فالدولة ليس لها فيه إلا حق السيادة على المياه الإقليمية (la mer territoriale) ، وتقدر بمساحة مرمى المدفع . وكان هذا المدى يبلغ ثلاثة أميال بحرية (أي ٥٥٥٦ متر) ، ولكنه زاد بعد ذلك كثيراً ، وهناك ميل إلى تحديد هذا المدى في الوقت الحاضر بمقدار ١٢ ميلاً بحرياً . انظر پلانيول ورييير وبيكار ٣ فقرة ١٢٤ ص ١٣٤ هامش ١ والمراجع المشار إليها فيه .

(٢) استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان شاطئ البحر من الأملاك العامة ، كانت الأكشاك التي تقيمها البلدية عليه لفرض تنظيم الانتفاع والاستمتاع به وتسييرهما من الأملاك العامة كذلك بالتبعية والتخصيص (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكاتب الفنى في ٢٥ عاما جزء أول ص ٢٠٢) .

(٣) ولما كانت بحيرة مريوط مخصصة لمنفعة عامة ، فهي تنلق مياه الصرف من محافظة البحيرة ، فإنها تعتبر داخلة في الدومين العام (استئناف مخطط ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠) .

حربية كانت أو تجارية والأرصفة (quais) والأحواض (docks) (١) .
وقد ذكرت الفقرة الرابعة من المادة ٩ من التتئين المدنى الوطنى السابق
ضمن الأشياء العامة البحرية « الأراضي التى تتكون من طمى البحر والأراضى
التي تنكشف عنها المياه » (les lais et relais de la mer) ، وذلك على
نسق المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى . والصحيح أن الأراضي التى تتكون من
طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه هى من أملاك الدولة الخاصة
لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها (٢) . وإذا كان المشرع
الفرنسى قد ذكر أنها تدخل ضمن اللومين العام ، فقد أراد بذلك أنها ملك
الامة أى تدخل ضمن اللومين القومى ، وقد رأينا أن التتئين المدنى الفرنسى
قد خلط ما بين اللومين القومى واللومين العام وجعلهما شيئاً واحداً (٣) . فلم
يتنبه المشرع المصرى إلى هذا الخلط الذى وقع فيه المشرع الفرنسى ، وذكر
مجاراة له أن الأراضي التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف
عنها المياه هى من أملاك العامة (٤) .

٥٤ — أشياء عامة حربية : ولما كان مرفق الدفاع من أهم وظائف
الدولة ، فكل ما يستخدم لهذا المرفق يعتبر من الأشياء العامة التى لا يجوز
التصرف فيها ولا تملكها بالتقادم ، حتى لا يتعطل مرفق من أخطر المرافق .
ويدخل ضمن ما يستخدم لمرفق الدفاع الحصون والقلاع ، والحنادق ،
والأسوار ، والأراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات ، وميادين التدريب
والمناورات ، والترسانات ، والقشلاقات (الثكنات) ، ومصانع المنخبة
والنخائر والأسلحة ، والأسطول الحربى ، والطائرات الحربية ، وجميع
المهمات الحربية ما كان منها قديماً وما استحدث

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٣٥ .

(٢) انظر م ١٩١٩ مدنى - وانظر فى القانون الفرنسى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

١٣٣ ص ١٤٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥ .

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٣٣ - وقد كانت محكمة الاستئناف المختلط قد وقعت فى هذا

الخطأ ففقت بأن هذه الأراضي تعتبر من الأملاك العامة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٨) ، ثم رجعت عن خطأها ففقت بأنها تعتبر من الأملاك الخاصة (استئناف

مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦) .

فإذا زال تخصيص شيء من ذلك لمرفق الدفاع ، أصبح من أموال الدولة الخاصة ، وجاز التصرف فيه . ومن ثم فالحصون والقلاع إذا أبطل استعمالها^(١) ، وأسوار المدن القديمة التي لم تعد بذات فائدة في الدفاع ، كل هذه تكون من أملاك الدولة الخاصة^(٢) .

٥٥ — أشياء عامة ذات غرضه ديني أو خيري : كانت الفقرة السابعة من المادة ٩ من التفتين المدني السابق تنص على أن الأملاك العامة تشمل « الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، سواء كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها » . ويلاحظ أن عبارة « كافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان » هي ترجمة غير دقيقة لتعداد أتى في النص الفرنسي للمادة لم يرد فيه شيء عن « الأوقاف الخيرية » ، وإنما ذكر (établissements pieux) أي محال العبادة أو المؤسسات الدينية (établissements d'instruction) أي مؤسسات التعليم ، و (établissements de charité) أي مؤسسات البر والإحسان^(٣) . وهناك فرق بين الأملاك العامة والأوقاف الخيرية ، وإن كانا يتفقان في عدم جواز التصرف فيهما ، فالأوقاف الخيرية تنفع بها جهة البر التي عينها الواقف أما الأملاك العامة فينتفع بها جميع الناس ، ويصرف على صيانة الأوقاف الخيرية من ريعها أما الأملاك العامة فيكون الصرف على صيانتها من أموال الدولة^(٤) .

(١) استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٨ .

(٢) نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ١١ ص ١٠٦ (سور مدينة القاهرة القديم) . پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٩ - پلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٥٦٥ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٠ .

(٣) انظر استئناف مصر ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٩ ص ١٧٠ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان من الأملاك العامة ، طبقا لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدني القديم ، هو أن تكون في رعاية الحكومة تدير شؤونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة فإذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول إدارة تلك الأعيان المتنازع عليها بصفتها الحكومية وإنما بوصفها فاعلة عليها ، شأنها في ذلك شأن أي فرد من الأفراد يعمد إليه بإدارة شؤون الوقف ، فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يخلع على هذا المال صفة المال العام (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٥٣) .

وفي عهد التقنين المدني السابق كانت المساجد (الجوامع) ، وفقاً للنص المتكتم الذكر ، تعتبر من الأملاك العامة إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها .

فلذا لم يتوافر هذا الشرط - شرط الإدارة أو الصرف - فإن المسجد يعتبر من الأملاك الخاصة^(١) ، ولكن المسجد الخاص يكون في هذه الحالة وفقاً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية^(٢) .

أما الكنيسة فقد قضت محكمة النقض بأنها لا تعتبر من الأموال العامة المبينة في المادة ٩ من القانون المدني القديم حتى إذا صح قياسها على الجوامع المنصوص عليها في هذه المادة ، ذلك أن عبارة الفقرة السابقة صريحة في أن الجوامع لا تعتبر من الأموال العامة إلا إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها ، فشرط اعتبارها من الأموال العامة هو أن تكون في رعاية الحكومة . ولا تعتبر كذلك من الأموال العامة استناداً إلى الأمر العالي الصادر بإنشائها ، لأنه لا يعدو كونه مجرد ترخيص في إنشاء كنيسة ، فليس من شأنه أن يخلع عليها صفة المال العام^(٣) .

وبعد صدور التقنين المدني الجديد لم تتغير الحال بالنسبة إلى الكنيسة ، وقد رأينا أنه عند نظر مشروع التقنين المدني أمام مجلس الشيوخ تقدم أحد الأعضاء باقتراح يرمي إلى إضافة فقرة للمادة ٨١ مدني تقضي بجعل الكنائس

(١) ومن ثم يمكن كسب حق المظل على كل مسجد لا تكون الحكومة قائمة بإدارته أو صرف ما يلزم لصيانته (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٥ ص ٢٤١ - وهذا قبل أن تصبح الأملاك الخاصة غير قابلة للملك بالتقادم) - أما إذا كان المسجد معتبراً من الأملاك العامة ، فلا يجوز كسب حق المظل عليه (استئناف وطني ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٤ ص ٤٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٩ ص ١٣ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤٠٩ ص ٥٠٦ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٤) .

(٢) وقد جاء في شرح الكنز للزيلي : « ومن بني مسجد لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقة ويأذن بالصلاة فيه ، وإذا صلى فيه واحد زال ملكه . وقد أجمعوا على أنه إذا صار مسجداً زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث ، وليس له الرجوع فيه لأنه صار لله بثوله تعالى وإن المساجد لله ، ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة » (شرح الكنز للزيلي ٣ ص ٢٢٩) .

(٣) نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٦ ص ٥٠٠ - وانظر استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٧ ص ٢٢٤ .

والمعابد بمجرد بنائها والصلاة فيها خارجة عن التعامل ومملوكة للهيئة الدينية العليا التابعة لها ، فرفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح^(١) .

أما المسجد ، بعد صدور التقنين المدني الجديد ، فالفقه لا يزال يعتبره من الأملاك العامة إذا دخل تحت ولاية الدولة وتولت إدارته أو الصرف عليه^(٢) . فإذا أنشأ المسجد أحد الأفراد وتولى الصرف عليه من ماله الخاص ، فإن المسجد وإن أصبح وقفاً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما قدمنا ، إلا أنه لا يعتبر من الأملاك العامة ، حتى يسلمه صاحبه لوزارة الأوقاف فتتولى إدارته والإنفاق عليه ولو من مال موقوف عليه فعندئذ يصبح من الأملاك العامة^(٣) .

ويقاس على ذلك جميع الجهات ذات الغرض الخيري أو التعليمي ، كالمستشفيات والمرات ودور التعليم والملاجئ . فإن كانت الدولة هي التي تتولاها وتقوم بإدارتها وتتولى الصرف عليها فهي من الأملاك العامة ، أما إذا كانت مملوكة للأفراد فتبقى ملكاً خاصاً لهم .

أما المقابر (tombeaux) فتعد في فرنسا محلاً لحق عيني خاص بمنح لصاحب الترخيص^(٤) . وكان دخول الجبانات (cimetière) في الأملاك العامة في فرنسا محلاً للمناقشة^(٥) ، ولكن تغلب الرأي الذي يدخلها في هذه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦١ - ص ٤٦٤ . وانظر آنفاً فقرة ١ في الهامش . وقد قال مندوب الحكومة أمام مجلس الشيوخ : « المسألة من حيث مبدأ التنظيم أخلق بها أن تعالج في قانون خاص من أن تقحم على القاءه المدني ، خصوصاً أن الكنائس تعتبر من الأملاك العامة في البلاد الأخرى . ولقد أوضحت .. في اللجنة أن من الخطر بمكان أن تعتبر الكنائس من الأملاك العامة في مصر ، لأن هذا لا يحل الإشكال .. إننا نتفق بما فيما يتعلق بعدم جواز اعتبارها من الأملاك العامة ، ونتفق كذلك في أنه لا يجوز أن نخرجها من دائرة التعامل إخراجاً مطلقاً دون أن ننظم التفاصيل المتعلقة بإعادتها إلى هذه الدائرة ، ولهذا لا توافق الحكومة على هذه الإضافة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٣) .

(٢) محمد كامل م س ١ فقرة ١٤٦ ص ١٧٥ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٥ .

(٣) محمد علي عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٥ .

(٤) نقض فرنسي ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٧٧ -

پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٩ ص ١٥٢ .

(٥) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٩ ص ١٥١ هامش ٤ .

الأملاك^(١). وتعتبر الجبانات في مصر من الأملاك العامة، مادامت معدة للدفن فيها وتخصصت بالفعل لهذه المنفعة العامة دون حاجة إلى إصدار قانون أو مرسوم باعتبار منظمة معينة جبانة لدفن الموتى^(٢). فإذا كانت أرض مشغولة فعلا بالمقابر ويدفن فيها عادة، فهذه قريبة كافية على أنها من الأملاك العامة^(٣)، ولا يجوز تملكها بالتقادم^(٤). أما ما ينشئه الأفراد من مبانٍ في أرض

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٠ ص ١٤٣.

(٢) استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ -

٢٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ٥٩ ص ١١٥ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩

ص ٣٦٠ - ١٥ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٠ ص ٢٢ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٩

المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٩ ص ٣١ - استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ -

محمد كامل مرسى في مقاله فقرة ٨٥ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٧.

ويختص الأفراد بموجب تراخيص بأجزاء من أرض الجبانة يقيمون حيثان عليها، ويمدون المقابر في هذه الحيثان. وقد قضى بأن أراضي الجبانات هي من الأراضي المخصصة للمنافع العامة، فليس للأفراد طلب تثبيت ملكيتهم لها، حتى لو اختصوا بأجزاء منها بواسطة إقامة حيثان عليها، وبأن للحكومة بما لها من السلطة والولاية على الأملاك العامة أن ترفع دعوى على الأفراد إذا استعملوا أرض الجبانة في غير ما خصصت له وهو الدفن، وبأن كل ما يرقبه القانون لأصحاب الحيثان على أرض الجبانة المقامة عليها مبانيها هو حق اختصاصهم وحدهم بالانتفاع بتلك الأراضي بحيث لا يحق للغير أن يتعرض لهم في هذا الحق، فليس لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم للأراضي المذكورة لأنها من الأملاك العامة. وما يشهد بأن حق أصحاب الحيثان على الأرض ليس حق ملكية أن أصحاب الحيثان يطلبون رخصاً في إنشائها وتعطى لهم هذه الرخص بعد دفع الرسوم المقررة، فأعطاه هذه الرخص دليل واضح على أن مقيمي الحيثان لا يشترون الأراضي المقامة عليها، وإنما يختصون بالانتفاع بالدفن في الجهات التي تعين لهم بعد دفع رسوم خاصة من ذلك، وهذا للتخصيص بالانتفاع لا ينقل إليهم ملكية تلك الأراضي لأنه ليس من المقود الناقلة للملكية (أسيوط الجزئية ٨ يوايه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣١٩ ص ٧٥٤)، وقضى بالألّا حق الحكومة في طلب هدم المباني التي تشاد على أرض جبانة لإقامة زائري المقابر، بشرط ألا تحول هذه المباني إلى مساكن مستديمة (استئناف وطني ١٥ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٤ ص ١٣٣).

(٣) فالجبانة تدخل في الأموال العامة بحكم تخصيصها لمنفعة عامة وهي الدفن، ويستوى في ذلك أن يكون من أنشأ الجبانة هي الحكومة أو أنها أحد الأفراد من ملكه الخاص (محمد كامل مرسى ٥٠ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٤ - ويشير إلى حكم من محكمة مقرر الكلية الوطنية في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ في القضية رقم ٥٥٧ سنة ١٩٣٠ كل مصر).

(٤) قارن مع ذلك استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣١.

وإذا أبطل الدفن في الجبانة، ولكن الجبانة بقيت حافظة لمعاملها، فإنها تبقى في الأملاك العامة -

الحيوانات ، فإنها تعتبر ملكاً خاصاً ، وتكون مملوكة لهم^(١) .

٥٦ - المباني الحكومية : لما كان معيار الشيء العام في مصر هو كما قدمنا

التخصيص للمنفعة العامة ، فكل ما كان مخصصاً من مباني الحكومة لهذه المنفعة يكون شيئاً عاماً .

ومن ثم يدخل في الأشياء العامة ما كان معداً لاستعمال الجمهور متى كان

= حتى يصدر مرسوم بإخراجها منها . انظر في نقل الحيوانات إلى مناطق أخرى ذكرية ٢٩ يناير سنة ١٨٩٤ ، وفي تحديد جبانات المسلمين مرسوم ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ ، وفي اختصاصات لجنة جبانات المسلمين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٢ - وانظر لائحة الجبانات الصادرة في ٤ مارس سنة ١٩٢٦ .

فإذا اندرست معالم الجبنة التي أبطل الدفن فيها ، زالت صفتها العامة . وقد قضت محكمة النقض بجواز تملك أرض الجبنة بالتقادم متى وقع ذلك بعد زوال تخصيص الجبنة للدفن واندثار معالمها وآثارها (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٥ ص ١٢) . وقضت أيضاً بأن الغرض الذي خصصت من أجله الجبانات للمنفعة العامة ليس بمقتصور على الدفن وحده ، بل يشمل حفظ رفات الموتى بعد دفنهم ، وينبني على ذلك أنها لا تفقد صفتها العامة بمجرد إبطال الدفن فيها ، ولا يجوز تملكها بوضع اليد إلا بعد زوال تخصيصها واندثار معالمها وآثارها (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٩٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١١٨ ص ٧٤٨) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن مفاد نصوص المادتين ١ و ٢ من المرسوم الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ والمادة ٦ من لائحة جبانات المسلمين المؤرخة ٤ مارس سنة ١٩٢٦ أن المشرع قد أخرج الأرض التي تقع حول مسجد الشافعي والتي كانت مشغولة بمجموعات مساكن بما هو مخصص للدفن ، وإن كان قد أبقاها في نطاق الجبانات المتبعة من الأموال العامة ، وذلك توصلًا لإمهال أصحاب تلك المباني ريثما تتلاشى مع الزمن بعد أن حرم تجديدها وترميمها ، فتخلو منها منطقة الجبانات التي لا يجوز صحياً أن تكتنفها مساكن الأحياء . وإذ استدل الحكم المطعون فيه على انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بزوال تخصيصها للدفن واندثار معالمها وآثارها كجبنة وانتشار العمران فيها مع أنها لم تكن مخصصة للدفن ولم يكن العمران طارئاً ولا نتيجة لانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، فإن هذا الاستدلال يكون فاسداً (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٨ ص ١٢٠٣) . وانظر في أن الجبنة تبقى من الأملاك العامة ولو أبطل الدفن فيها واندثرت معالمها ، مادامت الحكومة لم تقرر بأمر رسمي إعادتها للأملاك الخاصة ، فلا يصح لأي إنسان أن يضع يده عليها حتى لو كان هو الذي أخرج الأرض من ملكه لجعلها مرفقاً عاماً : استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ قم ٢١١ ص ٤٣١ .

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٤ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٧ .

مخصصة لمنفعة عامة . ومن ذلك المتاحف والمكتبات العامة والأسواق البعثة والحدائق العامة والسلخانات والبورصات .

ويدخل أيضاً في الأشياء العامة ما كان لازماً لسير المرافق العامة متى كان مخصصاً لمنفعة عامة ، ومن ذلك المدارس والجامعات والمستشفيات والمصحات والمحاكم والسجون والإصلاحات .

ويدخل أخيراً في الأشياء العامة ما كان مخصصاً لمنفعة عامة دون حاجة لأن يكون معداً لاستعمال الجمهور أو لازماً لسير المرافق العامة . ومن ذلك ماورد في الفقرة ٨ من المادة ٩ من التقنين المدني الوطني السابق من : العقارات المبرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ولي الأمر وللنظارات أو المحافظات أو المديريات ، وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمرمية . وهذه المباني مختلف عليها في فرنسا ، فبعض يرى أنها لا تدخل في الأموال العامة^(١) ، وبعض يرى أنها تدخل^(٢) . أما في مصر ، فلا خلاف في أنها تدخل في الأشياء العامة^(٣) .

٥٧ - المنقولات : هناك خلاف في فرنسا فيما إذا كان يمكن اعتبار المنقولات داخلية في الأملاك العامة ، فبعض يجيز ذلك^(١) ، وبعض لا يجيز^(٢) . أما في مصر ، فلا خلاف في جواز اعتبار المنقولات من الأملاك العامة ، سواء كان ذلك في عهد التقنين المدني السابق (انظر م ٩ فقرة ١٠ وفقرة ١١ من التقنين المدني الوطني) أو في عهد التقنين المدني الجديد حيث تصرح الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدني بأن « تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات .. » .

(١) دلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٠ ص ١٤٣ - دلايول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٥٦٦ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٦ هامش ٦ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٦٨٨ .

(٣) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٩ - محمد علي عرفة فقرة ١٣١ ص ١٦٤ - وانظر بالنسبة إلى سرائي عابدين : استئناف مصر ١٠ مارس سنة ١٩٣٩ الهامة ٩ رقم ٣١٢ ص ٥١٧ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٦ - هوريو ص ٦٤٣ - تعليق فالين في دالوز ٤٦ ص ٢٨ .

(٥) برتلى ص ٤٢٣ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٥١ ص ٧٦٥ .

وقد أدخلت الفقرة ١٠ من المادة ٩ من التقنين المدني الوطني السابق ،
بصريح النص ، في الأملاك العامة ، الدفترخانات العمومية والأنتيكخانات
والكبيخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من
مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية . فبدخل إذن في الأملاك العامة
المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات
العامة ، والتحف والتماثيل والصور المعروضة بالمتاحف العامة^(١) ، والكتب
والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة ، وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة .
كذلك أدخلت الفقرة ١١ من المادة ٩ سالف الذكر في الأملاك العامة
«نقود الميري» وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة
لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر»^(٢) .

ومن المنقولات المخصصة للمنفعة العامة ، ومن ثم تدخل ضمن الأملاك
العامة ، «مراكب النقل أو البومسة» المذكورة في الفقرة التاسعة من المادة ٩

(١) انظر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ بشأن الآثار (م ١ و ٧) . وانظر القانون
رقم ٨ لسنة ١٩١٨ بشأن حماية آثار العصر العربي (م ٢) . وانظر المرسوم بقانون رقم ١٤
لسنة ١٩٣١ بإلحاق المتحف التبتى بأملك الدولة العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن التماثيل الأثرية لا يجوز التبايع فيه ، والحكومة أن تسترده من
حائزه بغير تعويض تدفعه له أو تمن ترده إليه ، ولا يقبل في شأنه الاحتجاج بأحكام امتلاك
المنقول بالحيازة (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥ -
وانظر أيضاً استئناف مخطوط أول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١) . وانظر محمد كامل مرسى ١
فقرة ١٥١ - محمد عل عرفة فقرة ١٣٣ .

وفيما يتعلق بالأراضي الأثرية قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تعد الأراضي الأثرية
من أملاك الحكومة العامة إلا إذا صدر قرار من السلطة المختصة يقضى بأنها أثرية ، فإذا لم يصدر
قرار بهذا المعنى تبقى تلك الأراضي من الأملاك الأميرية الخاصة (استئناف وطني ١٤ ديسمبر
سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٤ ص ٥٩) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أموال الحكومة ، منقولة أو ثابتة ، غير
قابلة للحجز ، خصوصاً النقود الموجودة داخل خزائنها أو المدة لدخولها فيها (استئناف مخطوط
٧ فبراير سنة ١٨٧٨ بوريللي) - وقضت أيضاً بأن يلغى كل حجز موقع على نقود الحكومة
لو كانت تلك النقود تحت يد الغير ، لأن ذلك لا يبنى عنها صفتها العامة المكسوبة لها بموجب قانون
أو بموجب تخصيصها الطبيعي (استئناف مخطوط ١٢ يونيو سنة ١٨٧٩ بوريللي) . وانظر محمد
كامل مرسى ١ فقرة ١٥٢ - محمد عل عرفة فقرة ١٣٣ ص ١٦٨ .

مسألة الذكر ، ويقاس عليها الطيارات التي تملكها الحكومة وتخصصها للمنفعة العامة .

٥٨ — حقوق الارتفاق : وقد نصت المادة ١٠ من التقنين المدني الوطني السابق على أن « بعد أيضاً من الأملاك المبرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحديثة ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك المبرية المذكورة أو توجيهها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » . وهذه هي حقوق الارتفاق الإدارية المقررة لمنفعة عامة ، فهي تعتبر أيضاً داخلة في الأموال العامة .

و يدخل ضمن حقوق الارتفاق الإدارية « حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع » (les servitudes de voirie) . فمن كان ملكه يقع بجوار شارع عام تحمل بتكاليف تقرررها القوانين واللوائح ، من ذلك ما يستوجبه تقرير خط التنظيم ، وعدم جواز البناء بغير إذن ، وإصلاح الأبنية الآيلة للسقوط أو هدمها . ويدخل أيضاً ضمن حقوق الارتفاق الإدارية المذكورة الحقوق المتعلقة « بمجارى المياه » (les cours d'eaux) . كحق الإدارة في قلع الأشجار المغروسة في الجسور أو في منحدرات الترع والمصارف العامة إذا كانت تعوق الملاحة أو سير المياه أو تمنع السير على الجسور .

وتدخل أيضاً الحقوق المتعلقة « بالأشغال العمومية » (travaux publics) ، كحق الإدارة في نزع الملكية للمنفعة العامة أو في الاستيلاء الموقت على عقارات الأفراد ، وكحقها في هدم بناء لإجراء الأعمال الواقعة من الفيضان . وتدخل أيضاً الحقوق المتعلقة « بالأعمال الحربية » (servitudes militaires) ، كمنع الملاك المجاورين للتلاع والحصون من إقامة مباني على مسافة معينة (١) .

ويفرق الفقه الإداري في التكاليف المتقدمة الذكر ما بين الأعباء التي قد تفرضها الإدارة على بعض عقارات الأفراد لاعتبارات تتعلق بالنفع العام ولكنها لا ترمى إلى خدمة عقار معين من الأموال العامة ، وذلك كحق الحكومة

(١) انظر في كل ذلك عهد كامل مرسى ١ فقرة ٢٢٣ .

في قلع الأشجار المفروسة على الجسور وحققها في نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء الموقت ، وبين حقوق الارتفاق الإدارية بمعناها الصحيح التي هي تكاليف مقررة على عقارات مملوكة للأفراد لمنفعة عقارات داخلية في الأملاك العامة ، وذلك كقيود البناء التي يستوجبها تقرير خط التنظيم على أصحاب العقارات الكائنة على خافة خط التنظيم ومنع الملاك المجاورين للحصون والقلاع من البناء على مسافة معينة وحق الإدارة في نزع أتربة من الأراضي المجاورة للجسور العامة لتقويتها وحمايتها من غوائل الفيضان (١) .

§ ٣ - تكييف حق الدولة في الأشياء العامة

٥٩ - انقسام في فرنسا بين رأيين : كان الرأي السائد في فرنسا ، وهو الرأي الذي أخذ به پرودون منذ مز بين الدومين العام والدومين الخاص (دومين الملكية) ، أن حق الدولة في الأشياء العامة ليس حق ملكية ، بل هو ولاية إشراف وحفظ وصيانة لمصلحة الناس جميعا (surintendence: une fonction de garde et de surveillance) . ولكن هذا الرأي لم يبق سائداً ، بل نبت إلى جانبه رأي آخر يقول بأن حق الدولة في الأشياء العامة هو حق ملكية حقيقية لا مجرد ولاية إشراف وحفظ وصيانة . وبنى الفقه في فرنسا منقسماً بين هذين الرأيين ، ولو أن الرأي الثاني أخذ يتغلب شيئاً فشيئاً في خلال القرن التاسع عشر ، وأخذ حق الدولة يتطور بالتدرج من مجرد ولاية إشراف وحفظ وصيانة إلى أن يكون حق ملكية ، وإن كانت ملكية مقيدة بالمنفعة التي خصص لها الشيء العام (٢) .

فنستعرض كلا من الرأيين :

(١) محمد زهير جرانة ص ٢١٧ - ص ٢١٨ - ويقول في هذا الصدد : « وقد ترتب على الخلط بين الارتفاق والأعباء الإدارية التي تفرض على عقارات الأفراد لدواعي النفع العام ، أن رأى فريق من الفقهاء في هذا فارقاً بين الارتفاقات المدنية والارتفاقات الإدارية ، فذكروا أن ما يمتاز به الارتفاقات الإدارية التي تفرض على عقارات الأفراد عدم وجود عقار مخدوم كما هو الحال في الارتفاقات المدنية . وهذا الفرق ينعدم إذا قصرنا الارتفاقات الإدارية على تلك التي تصل بين المقارنات العامة والأملاك العقارية الخاصة » (محمد زهير جرانة ص ٢١٨) .

(٢) هوريو الطبعة العاشرة ص ٢٣٤ هامش ١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

٦٠ - الرأى الذى يتخى ملكية الدولة للشيء العام فى فرنسا : رأينا

أن هرودون ، عندما وضع كتابه المعروف فى الدومين العام فى سنة ١٨٣٢ ، ميز فيه ما بين الدومين العام وهو ما خصص للمنفعة العامة وهو فى جوهره دومين حماية ولا يعتبر مملوكا لأحد وإنما تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصاحته فهى وكيلة عن الجمهور فى حفظه وصيانته ، وبين الدومين الخاص أو دومين الملكية وهو مملوك للدولة ملكية خاصة (١) .

وكان هرودون أستاذاً للقانون المدنى ، ولكن تبعه فى نظريته فى الدومين العام أقطاب من فقهاء القانون العام كان ديكروك من أوائلهم . وقد حلل ديكروك الملكية إلى عناصرها الثلاثة ، حق الاستعمال (usus) وحق الاستغلال (fructus) وحق التصرف (abusus) . وذكر أن هذه العناصر الثلاثة منعدمة فيما للدولة من حق على الأشياء العامة ، فحق الاستعمال فى الشيء العام ليس للدولة بل لجميع الناس ، وليس للدولة أن تستغل الشيء العام ، ولا أن تصرف فيه . ومنى انعدمت هذه العناصر الثلاثة لم يجز القول بأن للدولة حق ملكية فى الشيء العام ، وغاية ما يثبت لها هى ولاية الإشراف والحفظ والصيانة . وهذه الولاية هى مظهر من مظاهر سلطان الدولة وسيادتها ، فالدولة تحوز الدومين العام باعتبارها صاحبة السلطان لا باعتبارها صاحبة الملكية . وأعقب ديكروك طائفة من أقطاب الفقه العام ، على رأسهم ديجيه وجيز وبرنامي (٢) . فدجيه ، جربا على مذهبه ، ينكر على الدولة شخصيتها الاعتبارية ، كما ينكر عليها أنها مالكة للدومين العام ، بل ينكر عليها أنها مالكة لأى مال حتى الدومين الخاص .

كذلك ينكر جيز ملكية الدولة للشيء العام ، ويذهب إلى أن المنفعة العامة التى خصص لها الشيء العام تتعارض مع القول بملكية الدولة ، لأن الملكية

(١) انظر آفا فقرة ٤٥ .

(٢) ومن يتقاون بولاية الإشراف والحفظ والصيانة دون الملكية ، من فقهاء القانون المدنى ، أودرى ورو وبارتان ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٤ (انظر تعليق بارتان ص ٥٤ هامش ٣) - كروان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٥٥ - بلانيول وريبير وبيولاغيه ١ فقرة ٢٥٥٢ - وانظر فى هذا المعنى فقهاء آخرين فى القانون الإدارى : Récy فى الدومين فقرة ١٩٩ - Moreau فى القانون الإدارى ص ٥٦٧ - Sarrot فى تعليقه فى المجلد ٩٩ - ١ - ٢٥٧ .

تفرض أن يكون الانتفاع بالشيء مقصوراً على المالك ، لا شائعا بين جميع الناس كما هي الحال في الشيء العام^(١)

ويرجع برتلى إلى الملكية عند الرزومان . وإلى العناصر الثلاثة التي تتكون منها من استعمال واستغلال وتصرف . ويرى ، كما رأى ديكروك ، أن هذه العناصر الثلاثة جميعا منعدمة في حق الدولة على الشيء العام ، فالدولة لا تستعمل الشيء العام بل جميع الناس هم الذين يستعملونه ، كذلك لا تستغل الدولة الشيء العام إلا في حالات استثنائية بحتة ، ولا تملك التصرف في الشيء العام . فحق الدولة إذن ليس بحق ملكية ، مادامت عناصر الملكية معدومة^(٢) .

٦١ - الرأي الذي يثبت ملكية الدولة للشيء العام في فرنسا : كما

كان پرودن هو الفقيه الذي حمل لواء نفي ملكية الدولة للشيء العام وجعل حتها مجرد ولاية في الإشراف والحفظ والصيانة وقد تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء على ما قدما ، كذلك كان هوريو الفقيه الذي حمل لواء الرأي المعارض وأثبت للدولة حق ملكية في الشيء العام وقد تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء^(٣) . وقد تأثر القائلون بملكية الدولة للشيء العام باعتبارات اقتصادية واجتماعية ، فقد تدخلت الدولة في كثير من المرافق تبعا لا انتشار النزعات الاشتراكية ، واقتضى ذلك أن تبحث عن موارد للنهوض بمرافقها المتنوعة . فلم تعد تقنع

(١) مقال جيز في مجلة القانون العام سنة ١٩١٠ ص ٦٩٧ وسنة ١٩١٥ ص ٤٦٨ .

(٢) برتلى في القانون الإداري طبعة ١١ باريس سنة ١٩٢٦ ص ٤٨١ .

(٣) انظر تعليقات هوريو على أحكام مجلس الدولة في ٢٥ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه .

١٩٠٨ - ٣ - ٦٥ ، وفي ١٦ يولييه سنة ١٩٠٩ مجموعة القضاء الإداري ٣ ص ٢١١ ، وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٣ مجموعة القضاء الإداري ٣ ص ٢٨١ ، وانظر موجزه في القانون الإداري ص ٦٣٠ وما بعدها - Bernard في حق ملكية الدولة لأموال الدومين العام رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - ريجو في نظرية الحقوق العينية الإدارية سنة ١٩١٤ - تعليقات Mestre على حكم محكمة استئناف تولوز في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩١٠ - ٢ - ٢٠٩ ، وعلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ٨ نوفمبر سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٥٢١ - فالين في مبادلات الأموال العامة رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ ص ٩٣ - Rolland في الموجز في القانون الإداري سنة ١٩٢٦ ص ٢٨٨ - Boucard في الموجز في القانون الإداري سنة ١٩٢٦ ص ٢٨٩ - رسالة دي لوياديير ص ١٩٨ - رسالة چانس فترة ٣٠٧ - ١٩٠ - تعليقات Alibert على حكمي مجلس الدولة في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ وفي ١٩ يولييه سنة ١٩٢٩ في سيريه ١٩٣٠ - ٣ - ١ - وانظر من فقهاء القانون المدني بلانجيل وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٠ .

بالوقوف من الأشياء العامة موقفاً سليماً . بل نشطت في استعمال حقها في هذه الأشياء نشاطاً لا يصدر إلا عن مالك . ومن ثم بدأ حقتها يتطور بالتدرج كما قدمنا من ولاية إشراف وحفظ وصيانة إلى حق ملكية (١)

ويذهب القائلون بأن حق الأشخاص الإدارية في الأشياء العامة هو حق ملكية إلى أن هذا الحق لا يفرق عن الملكية العادية التي يعرفها القانون المدني . والقول بأن عناصر الملكية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف ليس بتحليل لحق الملكية ، بل هو مجرد استقراء المنافع التي يجنيها المالك من ملكه . فإذا قلت هذه المنافع . فإن ذلك لا يستتبع سقوط حق الملكية ، وكثيراً ما يتقيد المالك بعدم التصرف في ملكه . بل كثيراً ما يرتب حق الانتفاع على ملكه فلا يكون له لا حق الاستعمال ولا حق الاستغلال ومع ذلك يبقى حق الملكية قائماً بالرغم من انعدام الاستعمال والاستغلال والتصرف . فلاستدلال على نفي ملكية الدولة للشيء العام بانعدام الاستعمال والاستغلال والتصرف لا يستقيم إذن ، والحجة فيه ليست حجة حاسمة . والصحيح أن الدولة تتمتع ، بالنسبة إلى الشيء العام . بما يتمتع به المالك في ملكه . فللدولة أن تملك الثمار والحاصلات الناتجة من الشيء العام وبما هو مدفون في باطنه من ركاز وكنوز ، ولها حق التعويض على من يعتدى على الشيء العام ، ولها أن ترفع دعوى الاستحقاق لتسرد ما يغتصبه الأفراد من الأشياء العامة . وأن تختص بدعوى الحيازة . شأنها في ذلك شأن المالك تماماً . بل إن ملكية الدولة للشيء العام أقوى من ملكية الفرد للشيء الخاص ، فالدولة لا تكتفي بما يقدمه لها القانون الخاص من وسائل لحماية ملكيتها ، بل هي إلى جانب ذلك تستعين بسلطانها وسيادتها فتزعم ملكية الأفراد جبراً عنهم لاستكمال ما ينتقص الشيء العام . وتعتمد إلى أماليب القانون الإداري من اعتماد خطوط التنظيم وقصر الأفراد على مراعاة حدودها ، وتفرض عقوبات جنائية على من يعتدى على الشيء العام .

على أنه لما كان الشيء العام مخصصاً للمنفعة العامة . فإن هذا التخصيص من شأنه أن يحور من حق الملكية الذي للدولة على الشيء العام . ومن أهم مظاهر هذا التحوير ما يقتضيه التخصيص للمنفعة العامة من عدم جواز

(١) هوريو ص ٦٢٦ - جانس ص ٣٧ وما بعدها - دي لوبادير ص ١٦٧ وما بعدها -

محمد زهير جرام ص ٧٩ - ص ٨٠ .

التصرف في الشيء العام ، ومن عدم قابليته للحجز ، ومن عدم جواز تملكه بالتقادم .

وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن « حق الأشخاص الإدارية على ماله العام إن هو إلا حق ملكية ، على أنه لما كانت هذه الملكية تبدو هنا وثيقة الصلة باعتبارات المصلحة العامة وأدخل لذلك في مجال القانون العام ، وشديدة التأثير بأحكامه ، فإنهم ينعتونها بالملكية الإدارية تمييزاً لها عن الملكية العادية ، وإظهاراً للخصائص التي تفرق بين نطاق كل منهما »^(١) .

٦٢ — الانقسام في مصر في عهد التقنين المدني السابق بين الرأيين :

وقد تأثر الزممة والقضاء في مصر بهذا الانقسام الذي شهدناه في فرنسا بين الرأيين ، فوقع هذا الانقسام أيضاً في مصر في عهد التقنين المدني السابق . ولكن الرأي الذي كان متغلباً ، في عهد هذا التقنين ، هو الرأي الذي ينفي ملكية الدولة للشيء العام ، ويقتصر على أن يثبت لها ولاية إشراف وحفظ وصيانة . ولكن وجد مع ذلك من يقول بالرأي المعارض ، ويثبت للدولة حق ملكية في الشيء العام . فنستعرض هنا كلا من الرأيين ، كما استعرضناهما في فرنسا .

٦٣ — الرأي الذي ينفي ملكية الدولة للشيء العام في مصر : كان

الرأي السائد في عهد التقنين المدني السابق هو ، كما قدمنا ، الرأي الذي ينفي ملكية الدولة للشيء العام ، ويكيف حق الدولة بأنه ولاية إشراف وحفظ وصيانة دون أن يكون حق ملكية .

فمن الزمتهاء الذين ذهبوا إلى هذا الرأي الأستاذ أحمد فتحي زغلول ، فهو يقول إن الحكومة تضع يدها على الشيء العام بصفتها حارسة لا بصفتها مالكة^(٢) . ويقول الأستاذ محمد كامل مرسي : « الأموال العامة هي الأموال المخصصة للمنافع العامة ، وهي في يد الحكومة بصفتها حارسة عليها ، لا بصفتها

(١) محمد زهير جرائنة ص ٩١ . وانظر موريو في مبحث القانون الإداري طبعة ١١ ص ٦٣٨ ، ما عدا - رسالة ريجيو في الحقوق المبنية الإدارية ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) أحمد فتحي زغلول في شرح القانون المدني سنة ١٩١٣ ص ٤٩ .

مالكة لها ، أما ملكيتها فللأمة^(١) . وبهذا الرأي أخذ أيضاً أكثر فقهاء القانون الإدارى فى مصر ، ومنهم الأستاذ Lamba^(٢) والأستاذ مصطفى الصادق^(٣) والأستاذ محمد عبد الله العربى^(٤) .

وتأثر القضاء بالفقه ، ففضى فى كثير من أحكامه بأن حق الدولة فى الشيء العام ليس بحق ملكية بل هو ولاية إشراف وحفظ وصيانة . وقررت محكمة المنصورة الكلية أن « طبيعة حق ملكية الحكومة للمنافع العامة تخالف طبيعة ملكية الأفراد ، إذ أن حق الملكية : الذى يتكون من ثلاثة عناصر هى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، لا تتوافر عناصره هذه فى حق ملكية الحكومة للمنافع العامة . فأما حق الاستعمال فلا تملكه الدولة بل يملكه عموم الناس حتى الأجانب ، وحق الاستغلال غير موجود لأن هذه الأموال فى الغالب لا تنتج ثماراً ، وحق التصرف ليس له محل لأن الاستعمال العام الذى تخضع له هذه الأموال يجعلها غير قابلة لأن تنقل إلى أباد أخرى : حتى لقد ذهب بعض الشراح إلى مدى أبعد من هذا فقالوا بأن الدولة ليس لها على الأملاك العامة ملكية حقيقية ، بل لها عليها فرع من الولاية أو الإشراف وواجب الحفظ والمراقبة والإدارة^(٥) . وأكثر القضاء الخطأ ينحو هذا النحو أيضاً . فقد قضت محكمة الاستئناف المختاطة منذ البداية بأن أموال الدولة العامة لا يجوز وضعها تحت الحراسة : لأنها أموال لا تستند إلى حق الملكية كأموال الدولة الخاصة : ولكنها تستند إلى سلطان الدولة إذ هى مخصصة لسد حاجات الدولة وللمنفعة العامة^(٦) . وقضت أيضاً بأن ليس لأحد ، ولا

(١) محمد كامل مرسى فى الملكية والحقوق العينية طبعة ثالثة سنة ١٩٣٣ الجزء الأول فقرة ١٠١ ص ١٠٣ - وانظر أيضاً مقاله فى الأموال الخاصة والعامة فى القانون المصرى فى لمة القانون ، والاقتصاد السنة التاسعة ص ٦٧٥ فقرة ٢ .

(٢) لامبا فى القانون الإدارى المصرى ص ٤٥٣ وص ٤٥٦ .

(٣) مصطفى الصادق فى مبادئ القانون الإدارى المصرى والمقارن ص ٢٠٨ .

(٤) محمد عبد الله العربى فى مبادئ علم المالية والتشريع المالى ٢ سنة ١٩٣٨ ص ١٩ ، ومذكراته فى القانون الإدارى سنة ١٩٣٦ - سنة ١٩٣٧ فى تقسيم أموال الأشخاص الإدارية إلى أموال عامة وأموال خاصة .

(٥) المنصورة الكلية الوطنية ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ٢٠ رقم ٤٦ ص ١٠٦ - وانظر أيضاً أسيرط الجزئية ٨ يوليه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٨٩ ص ٧٥٤ .

(٦) استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ١٢٥ .

للدولة . على الدومين العام حق الملكية الذي عرفه المادة ٢٧ مدني . وليس للدولة على هذا الدومين سوى صريح من الخيارة تشره باسم "ناس جميعا ومصالحهم" (١) . وقضت كذلك بأن ليس للدولة أن تنتزع بحالها العام حتى في حالة حيازة الغير له حيازة غير مشروعة . فلا يجوز أن تطالب في دعوى استحقاق جزء من المال العام بتعويض عن حيازته غير المشروعة (٢) .

٦٤ — **الرأي الذي يثبت ملكية الدولة للشيء العام في مصر :**
على أنه بالرغم من أن الرأي الذي ينفي ملكية الدولة للشيء العام كان هو الرأي السائد في عهد التقنين المدني السابق . إلا أن فريقا من الفقهاء وبعض المحاكم أخذت بالرأي المضاد . وذهبت إلى إثبات حق الملكية للدولة في الشيء العام . فالأستاذ وحيد رافت يقول في مؤلفه في القانون الإداري : « إن حق الدولة على الدومين العام أكبر من أن يكون مجرد إشراف ورقابة .. إنه قد آن لمحاكمنا أن تعدل عن هذه النظرية العتيقة . وتأخذ بفكرة حق الملكية المقيد بقيام التخصيص . قد لا يكون لهذا التحول كبير أثر من الوجهة العملية ، ولكن له أهميته من الناحية الفقهية . ثم أليس في تسمية الدومين العام في النص العربي للمادة ٩ مدني أهلي باسم (الأملاك الأميرية) ما يفيد أن الدومين العام مملوك للحكومة كالدومين الخاص » (٣) . ولكن الفقيه الذي برز في هذا الميدان ، وخصص بحثا قويا في « حق الدولة والأفراد على الأموال العامة » ، ألقاه دروسا في قسم الدكتوراه ثم نشره في كتاب مستقل في سنة ١٩٤٣ ، هو الأستاذ محمد زهير جرائه (٤) . فقد عالج المسألة في استفاضة وتفصاها في نواحيها المختلفة في فرنسا وفي مصر ، وخلص إلى الحزم بأن حق الدولة والأشخاص

(١) استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٥ .

(٢) استئناف مخطوط ٣ مارس سنة ١٩٠٩ م ١٦ ص ١٥١ — ومع ذلك انظر استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ وقد أقرت مبدأ التعويض على عكس الحكم المتقدم ، ولكن المحكمة في حكم ثالث لم تقل إن التعويض هو مقابل ما فات الدولة من عدم الانتفاع ، بل إنه جزاء لابد منه لمنع اعتداءات الأفراد على الأموال العامة ، فهو أقرب إلى العقوبة الرادعة منه إلى التعويض الحقيقي (استئناف مخطوط أول يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩) .

(٣) وحيد رافت في القانون الإداري جز ٢ ص ١٠٢٢ .

(٤) وهذا الكتاب هو الذي نشير إليه في خلال هذا المبحث

لإدارية الأخرى في الأشياء العامة إنما هو حق ملكية حقيقية ، لا مجرد ولاية إشراف وحفظ وصيانة . ويسوق لتأييد رأيه الحجج الآتية : (١) أن حق الملكية يقوم في الواقع على ركنين ، حيازة الشيء ومكنة صاحبه من تعيين المنتفعين به . فإذا ما أراد الاحتفاظ بهذا النفع لشخصه كنا بصدد ملكية فردية . وإذا ما جعل هذا الانتفاع لغيره مع الاحتفاظ بحيازته للشيء لم تزل بذلك عنه ملكيته له وإن استحالت في هذه الحالة إلى ملكية اجتماعية ، وهذا النوع من الملكية هو الذي للدولة على أموالها العامة^(١) . (٢) يعتمد منكر وحق ملكية الدولة للشيء العام على عدم توافر العناصر المألوفة في الملكية من استعمال المالك لماله واستثماره والتصرف فيه . وليست الملكية جماعا لازما لهذه العناصر الثلاثة . ومع ذلك فإنه عند التدقيق يتبين ، خلافا لما يقال ، أن الحكومة تملك فعلا هذه العناصر الثلاثة في ملكيتها للشيء العام . ففما يتعلق بحق التصرف تقول المادة ٩ مدني أهلي إن « للحكومة دون غيرها التصرف فيها (أي في الأموال العامة) ، بمقتضى قانون أو أمر » ، وهذا النص صريح في أن المشرع لم يرد أن يسد المنافذ أمام الإدارة في التصرف في المال العام ، وإنما اشترط في ذلك شكلا خاصا تتعين مراعاته ليصبح حق التصرف . فللإدارة أن تنصرف في المال العام بأن تنقله من حظيرة المنافع العامة إلى دائرة الأموال الخاصة ، هذا إلى ضروب أخرى من التصرف يختص بها القانون الإداري . وفيما يتعلق بالاستثمار ليس ثمة تعارض بين الانتفاع بثمار المال العام وبين تخصيصه للمنفعة العامة ، فجنى الثمار الطبيعية للأشجار القائمة على جوانب الطرق العامة مثلا لا يتنافى مع المنفعة العامة التي رصدت لها هذه الطرق ، وما يقال عن الثمار الطبيعية يقال عن الثمار المدنية ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات والتلفونات تأتي للدولة بربح وفير . بقي حق الاستعمال ، ولا يجوز القول بأن الشخص الإداري لا يستعمل ماله العام ، وإذا كان تخصيص المال للمنفعة العامة يجعل استعماله مباحا للكافة فإن هذا لا يحرم الشخص الإداري استعماله هو الآخر لهذا المال ، بل هناك من الأموال العامة ما لا يقل نصيب الشخص الإداري في استعمالها عن نصيب سائر الأشخاص كلور الوزارات والمصالح العامة . (٣) ولا يصح القول بأن عدم جواز التصرف في الشيء العام

(١) يشير الأستاذ جرة في ذلك إلى رسالة دي لوبادير ص ٢١٦ وما بعدها .

وعلم جواز الحجز عليه وعدم جواز تملكه بالتقادم من شأنه أن يسقط عن المال العام صفة المملوكية ، فترتبات الموظفين مثلاً لا يجوز التنازل عنها ولا الحجز عليها . وكذلك الملكية الزراعية الصغيرة لا يجوز الحجز عليها ، ولم يقل أحد إن المرتبات غير مملوكة للموظفين أو إن الأقطان الزراعية غير مملوكة لأصحابها . (٤) ليس هناك ما يدل على أن المشرع المصرى أراد أن ينشئ صفة المملوكية عن الأموال العامة ، بل إن نعتة الأموال العامة بعبارة « الأملاك الميرية المخصصة للمنفعة العمومية » أو « أملاك الحكومة العامة » أو « الأملاك العمومية » ، ليدل على أنه لا يرى نزع هذه الصفة عن الأموال العامة . (٥) التسليم بأن الدولة إذا أحالت المال العام مالا خاصا تملكته معناه أن توافر الملك أو انتفاءه رهن بمشيتها ، فإذا لوحظ أن أموال الدولة العامة وأموالها الخاصة تضمها جميعا حظيرة مشتركة ، تبين أن هذه القدرة التى للشخص الإدارى على جعل ماله مالا عاما أو خاصا لا يفسرها إلا أنه مالك للمال فى الحالتين (١) .

وهناك أحكام أصلوها القضاء المصرى تثبت للدولة حق الملكية فى الشيء العام . فقد جاء فى حكم لمحكمة استئناف مصر : « وحيث إنه فيما يختص بالملكية فإن الحكومة تملك تلك الطرق العامة ملكا صحيحا لأنها تمثل المصاحبة العامة التى وجدت هذه الطرق لخدمتها ، ولأن الحكومة تملك المنفعة أيضاً لأن لها حق تأجير ما تريده من أفاريز الشارع . أما العنصر الثالث وهو التصرف فى الملكية فقد نص فى القانون على أن الحكومة لها أن تخرج أى طريق خصص للمنفعة العامة من هذه المنفعة إلى الملك الخاص » (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تجريد المال العام من صفته العامة إنما هو استعمال من الدولة لحق ملكيتها فى الشيء العام إذ هى تتصرف فيه ، وليس لهذا التجريد من أثر قانونى إلا نقل المال العام إلى مال خاص للدولة ، فتستبقى الدولة بذلك ملكيتها له (٣) . وقضت أيضاً بملكية الحكومة للأراضى المكونة لساحل البحر (٤) ، وأكدت هذا المعنى

(١) يشير الأستاذ جرة فى هذا الصدد إلى هوريو فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٦٤٥ بالهاش ، وإلى جانس فقرة ٢٦٥ ص ١٦٣ .

(٢) استئناف مصر ٤ مارس سنة ١٩٣٩ فى القضية رقم ٥٧٢ استئناف سنة ٥٥ قضائية - ومشار إليه فى محمد زهير جرة ص ١١٨ هاش ١ .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٨ .

(٤) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٨ .

في حكم آخر^(١) . وقضت بجواز أن ترفع الإدارة دعوى بتثبيت ملكيتها لعقار
مخصص للمنفعة العامة^(٢) .

٦٥ - بصر صدور التقنين المدني الجديد - للدولة هي الملكية في الشيء

العام : لاشك في أن مشروع التقنين المدني الجديد كان صريحا في أن
للشخص المعنوي العام حق الملكية في الشيء العام ، فقد رأينا أن مشروع
المادة ٨٧ مدني كان يجري على الوجه الآتي : « تعتبر أموالا عامة العقارات المملوكة
للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة . . »^(٣) .
فكان هذا النص يحمل دليلين على مملوكة الشيء العام للدولة : (١) دليلا
صريحا هو عبارة « المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة » التي وصفت
بها الأموال العامة . (٢) دليلا آخر يستخلص من تعدد الدومين العام ، فإدام
الدومين العام يمكن أن يكون للدولة كما يمكن أن يكون للأشخاص المعنوية
العامة الأخرى ، كما جاء صراحة في النص ، فعني ذلك أن الدومين العام
مملوك للشخص الإداري الذي يتبعه ، إذ لو لم يكن مملوكا له لما تعدد الدومين
العام ولما أمكن أن يكون لكل من الأشخاص المعنوية العامة المتعددة دومين عام
يتبعه خاصة ، ولوجب إرجاع كل الدومين العام إلى إشراف الدولة وحدها
دون غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي
بيان أوفى^(٤) . ولما عرض النص سالف الذكر على لجنة المراجعة ، لم تنبه
إلا إلى الدليل الأول الصريح ، فحذفت كلمة « المملوكة » ، تجنبنا للأخذ برأي
قاطع في هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارمة على هذه
الأموال^(٥) . واستقر النص أخيرا في التقنين المدني الجديد على الوجه الآتي :
« تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية
الأخرى ... » . ونرى من ذلك أن لجنة المراجعة قصدت ألا تقطع برأي في
مملوكة الشيء العام للشخص الإداري . وآثرت أن تترك ذلك للفقهاء والقضاء .

(١) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٠ .

(٣) انظر آتفا فقرة ٤٤ في الهامش .

(٤) انظر مايل فقرة ٧٢ .

(٥) انظر آتفا فقرة ٤٤ في الهامش .

وبعد صدور التقنين المدني الجديد لم يتناول المسألة إلا عدد قليل من الفقهاء .
 فالأستاذ محمد كامل مرسى ، وكان رأيه في عهد التقنين المدني السابق هو كما
 رأينا أن الأشياء العامة « هي في يد الحكومة بصفتها حارسة عليها لا بصفتها مالكة
 لها ، أما ملكيتها فللأمة »^(١) ، نراه في عهد التقنين المدني الجديد يميل إلى
 الأخذ بالرأى الآخر . فهو بعد أن يستعرض الرأيين في فرنسا ينتهي إلى تأييد
 الرأى القائل بأن حق الدولة هو حق ملكية ، إذ يقول : « وهناك أمثلة كثيرة
 في القانون يؤخذ منها أن حق الدولة حق ملكية : (أ) فالحاكم تقرر لمصلحة
 الدولة (أو الأشخاص الاعتبارية العامة) وجود دعوى استحقاق حقيقية . (ب)
 للدولة الحق في رفع دعاوى الحيابة لمنع التعدي الذي يحصل على متعلقات الملك
 العام . (ج) للدولة حق منح امتيازات في الأملاك العامة ، كإجارة الشواطئ
 لوضع أكواخ خشبية للاستحمام . (د) الحاصلات الطبيعية التي تنمو في
 الطرق والأشجار ملك خاص للدولة الخ . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة
 قضت بأن ليس للحكومة أن تنزع من ملكها العام ، حتى في حالة وضع اليد
 غير المرخص به ، بأن تطالب في دعوى الاستحقاق المرفوعة في شأن جزء من
 الملك العام بتعويض مقابل الحيابة غير المرخص بها . ولكن يظهر أنها عدلت
 عن ذلك ، إذ قضت بأن للحكومة طلب تعويض مقابل حيابة العقار ،
 فلمصلحة السكك الحديدية الحق في طلب تعويض ممن يزرع الخندق الممتد
 بجوار شريط السكة الحديدية »^(٢) . ويلاحظ أن الأستاذ محمد كامل مرسى
 في الحجج التي استند إليها في القول بحق ملكية الدولة لم يورد حجة ترجع إلى
 التقنين المدني الجديد ، بل إن كل الحجج التي أوردها كانت حججا سائغة
 في عهد التقنين المدني السابق ، فهو إذن ، بعد أن ترك التقنين المدني الجديد
 الباب مفتوحا فيما رأينا للقول برأى أو بآخر ، أعاد النظر في رأيه الأول
 وانتهى إلى تأييد الرأى القائل بملكية الدولة للشيء العام على النحو الذي رأيناه .
 أما الأستاذ سليمان مرقس فيرجح ملكية الدولة للشيء العام ، ويستند في ذلك
 إلى حجة يستمدّها من التقنين المدني الجديد إذ سمى هذا التقنين الشيء العام
 بالمال العام ، ناظرا في ذلك إلى ما ترتب للدولة من حق ملكية في الشيء العام

(١) انظر آنفا فقرة ٦٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ١ طبعة ثانية فقرة ١١٤ ص ١٢٢ - ص ١٢٤ .

فجازت تسميته مالا . وهو يقول في هذا الصدد : « وقد ثار الجدل في طبيعة حق الأشخاص المعنوية العامة على الأشياء المخصصة للمنفعة العامة . أم هو حق ملكية بمعنى الكلمة أم هو فقط ولاية إشراف وحفظ وصيانة ؟ والراجح في هذا الشأن أن الأشخاص المعنوية العامة تملك الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ملكية مقيدة بتخصيصها للمنفعة العامة . كما يستفاد ذلك من عبارة المادة ٨٧ مدني جديد ، ولذلك جازت تسمية هذه الأشياء أموالا عامة باعتبار حق الملكية المترتب عليها للأشخاص المعنوية العامة^(١) » . فإذا أضفنا إلى هذين الفقهيين من كان يقول بملكية الدولة في عهد التقنين المدني السابق - الأستاذ وحيد رافت والأستاذ محمد زهير جرانة - نخلص لنا أن فكرة ملكية الدولة قد أخذت مكانها في الفقه المصري وبدأت تستقر فيه .

غير أن فقهاء مصريا - الأستاذ محمد علي عرفة - وهو ممن كتبوا في عهد التقنين المدني الجديد ، لم يأخذ بهذه الفكرة . بل أخذ بالفكرة الأخرى وهي قصر حق الدولة على ولاية الإشراف والحفظ والصيانة . ويقول^(٢) في تأييد فكرته إن عناصر الملكية كما وردت في المادة ٨٠٢ مدني هي الاستعمال والاستغلال والتصرف ، فأما حق ليس من طبيعته أن يستجمع هذه العناصر الثلاثة فإنه لا يعد من قبيل الملكية . وإستقراط عناصر الملكية الثلاثة في مجال الأموال العامة هو الأصل الثابت لها بحكم تخصيصها للمنفعة العامة ، وهذا الأصل يتعارض مع جوهر حق الملكية وما ينبغي أن يتوافر له من مقومات . فالتخصيص للمنفعة العامة هو في ذاته الذي يتعارض مع جوهر الملكية . ومن ثم يؤدي إلى إنكار ملكية الدولة للأموال العامة^(٣) . والقول بأن الدولة حارسة

(١) سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية طبعة ثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ٢٩١ ص ٤٥٢ -

ص ٤٥٣ .

(٢) محمد علي عرفة فقرة ١٢٣ .

(٣) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة : « وأبلغ من ذلك في الدلالة على تأييد المشرع لوجهة نظرنا أن المادة ١١٩ من المشروع التمهيدى كانت تنص على أن تعتبر أموالا عامة المقارنات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، فلما تليت المادة في لجنة المراجعة حذفت كلمة (المملوكة) منها تجنباً للأخذ برأى قاطع في حل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال . فلو أن المشرع أراد أن يقطع بملكية الدولة لهذه الأموال ، وهو الرأى الذى اتجه اليه الفقه الإدارى الحديث ، لما أقدم على حذف هذه الكلمة ، وفي حذفها دليل على عدم اقتناعه بوجهة هذا الرأى » (محمد علي عرفة فقرة ١٢٣ ص ١٥١) .

على الأموال العامة لا مالكة لها لا يحول دون امتداد الحماية التي أُمِنَتْ على الأموال العامة إلى الأموال التي تخصصها الأشخاص الاعتبارية العامة للدفع العام ، كما أنه لا يمنع من تملك الدولة لثمار تلك الأموال وحاصلاتها (١) ، ولا ينفي أخيراً عن الدولة حقها في الدفاع عن الأموال العامة بدعاوى وضع اليد أو بغيرها من الدعاوى (٢) .

(١) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا الصدد : « والحق أن تملك الدولة لثمار حاصلات الأموال العامة ليس محل خلاف ، ولكننا لا نرى فيه أثراً من آثار ملكية الدولة للأموال العامة ذاتها ، بل إن إنكار ملكية المال العام لا يستتبع حتماً إنكار ملكية الدولة لثماره وحاصلاته . فإنما دعا إلى نفي الملك عن المال العام تخصيصه للمنفعة العامة . وهذه صفة لا تتوافر فيما قد ينتج من ثمار وحاصلات . أما السبب في تملك الدولة بالذات لهذه اثمار الحاصلات فهي كونها صاحبة الولاية العامة على الأموال العامة ، وتأسيساً على ذلك تكون هي وحدها صاحبة الحق في تحصيل ثمار وحاصلات هذه الأموال » محمد علي عرفة فقرة ١٢٥ ص ١٥٤ .

والقول بأن تملك الدولة لثمار مؤسس على عدم تخصيصها للمنفعة العامة ، وعلى أن الدولة هي صاحبة الولاية على الأموال العامة ، غير مجد . فعدم تخصيص الثمار للمنفعة العامة لا يفيد إلا أنها تقبل التملك الخاص ، ولكن من يملكها ؟ ليس هو صاحب الولاية العامة ، بل هو مالك الأصل الذي أنتج الثمار ، فإذا تملكها الدولة كانت هي مالكة الأصل أي مالكة المال العام نفسه .

(٢) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا الصدد : « وليس من العسير تبرير حق التجاء الدولة والأشخاص الإدارية الإقليمية إلى دعاوى وضع اليد ، فإن الالتجاء إلى هذه الدعاوى غير قاصر ، كما نعلم ، على الملاك ، بل إن الغاية منها هي حماية الحياة لذاتها ، وحيازة الأموال العامة ثابتة للدولة . أما الالتجاء لدعاوى الاستحقاق في سبيل حماية الأموال العامة ، فهو الذي يعتمد عليه أنصار المملوكة لتدعيم وجهة نظرهم . والواقع أن الدعاوى التي ترفعها الجهة الإدارية على مفتصب المال العام ليست من قبيل دعاوى الاستحقاق المألوفة في نطاق القانون الخاص . فدعوى الاستحقاق المدنية تركز على إثبات الملكية لرافعها ، أما الدعاوى التي ترفعها الجهة الإدارية على مفتصب المال العام فتتركز على إثبات التخصيص للمنفعة العامة وما يستتبعه من عدم جواز اكتساب ملكية هذا المال بالتقادم . وآية ذلك أنه في وسع المدعى عليه في دعوى الاستحقاق المدنية أن يحبط سعي رافعها إلى استرداد المال المفتصب بالاحتجاج بتملك هذا المال بالتقادم ، وهو دفاع غير مقبول من مفتصب المال العام ، (محمد علي عرفة فقرة ١٢٦ ص ١٥٥) .

وظاهر أن هذا القول لا يكفي لتفنيده حق ملكية الدولة ، إذ الدولة لا تحوز الأموال العامة إلا لأنها مالكة لها . ولو كانت حيازة الدولة فرعاً عن سيادتها لا عن ملكيتها ، لكانت الحيازة حيازة سيادة لا حيازة ملكية ، وحيازة لا زيادة ليست في حاجة إلى دعاوى وضع اليد ولم توجد هذه الدعاوى لهذا الضرب من الحيازة . ثم إن الدولة إذا رفعت دعوى الاستحقاق فإنما ترفعها باعتبارها مالكة ، ولا جدوى من القول بأنها ترفع دعوى الاستحقاق لأن المال لا يقبل التملك بالتقادم . فالدولة تستطيع أن ترفع دعوى الاستحقاق حتى قبل اكتمال مدة التقادم ، حيث لا تثار مسألة التقادم أصلاً . وكل ما لعدم قابلية المال العام للتملك بالتقادم من أثر ، هو أن الدولة تستطيع رفع دعوى الاستحقاق قبل اكتمال مدة التقادم وبعد اكتمالها ، وهي في الحالتين إنما ترفع دعوى الاستحقاق ، مستندة إلى ملكيتها لا إلى سيادتها .

وقد قلنا أن التقنين المدني الجديد ترك الباب مفتوحاً أمام الفقه والقضاء للأخذ بأحد الرأيين . ولكن نص المادة ٨٧ مدني يحمل مع ذلك أثر المشروع التمهيدى وما كان يذهب إليه هذا المشروع من حق الملكية للدولة ، وذلك فى ناحيتين : (١) ما أشار إليه الأستاذ سليمان مرقس فيما قدمناه من تسمية النص للأشياء العامة « بالأموال العامة » باعتبار حق الملكية المترتب عليها للأشخاص المعنوية العامة^(١) . (٢) إيراد النص للدومين العام متعداداً ، إذ يقول : « العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة » ، وما يحمله هذا التعداد من دلالة ملكية كل شخص إدارى للدومين العام الذى يتبعه^(٢) .

وإذا قلنا إن هذا لا يكتفى للتدليل على ملكية الدولة للشيء العام أمام ما ظهر بوضوح فى لجنة المراجعة . بعد حذف لفظ « المملوكة » ، من أن المقصود بهذا الحذف تجنب « الأخذ برأى قاطع فى هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال » . فإن كل ما يفهم من حذف لفظ « المملوكة » هو تجنب المشرع لأن يكون الأخذ بأحد الرأيين أمراً يختمه التشريع ذاته . وهذا لا يمنع من القول بملكية الدولة للأشياء العامة . فى ظل التقنين المدني الجديد ، لا استناداً إلى نص التشريع . ولكن أخذاً بالاعتبارات القانونية السليمة . وفى نظرنا أن هذه الاعتبارات تقضى بأن الأصل أن يكون لكل شيء مالك ، ولا يستثنى من ذلك إلا الأشياء التى لا تقبل بطبيعتها التملك كالهواء والبحر ، وهذه الأشياء لا شأن لنا بها هنا . أما الأشياء التى تقبل التملك بطبيعتها ، فهى ما لم تكن أشياء متروكة أو منقولة لا مالك له ، وهذا وتلك غير الشيء العام ، لا بد لها من مالك . صحيح أن الوقف لا مالك له ، ولكن الوقف نظام إسلامى خاص تنسب فيه ملكية المال الموقوف إلى الله تعالى ؛ وبديهي أنه لا يصح قياس المال العام على المال الموقوف . وحتى العقار المباح ، تنسب ملكيته فى النهاية إلى الدولة .بقى بعد كل ذلك الشيء العام ، وهذا أيضاً لا بد له من مالك . فإن قيل إن « الأمة » هى المالكة للشيء العام . كما قيل ذلك فعلاً ، « فالأمة » قد تكون تعبيراً اجتماعياً أو تعبيراً سياسياً ، ولكنها ليست بتعبير قانونى . والذى يمثل الأمة فى القانون هو الدولة . لا مناص إذن . إذا أريد

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة .

القول بأن الشيء العام مملوك للأمة . من القول بأنه مملوك للدولة . ومن ثم تكون الدولة . وهي المهيمنة على المصالح العامة للأمة . وهي التي تتمثل فيها الأمة من الناحية القانونية ، هي المالكة للأشياء العامة . ولا ضير من القول بذلك ، مادامنا نقول إن ملكية الدولة للشيء العام هي ملكية مقيدة بتخصيص هذا الشيء للمنفعة العامة . فيرد على هذه الملكية من القيود ما يقتضيه هذا التخصيص . فإذا زال تخصيص الشيء للمنفعة العامة . عاد الشيء مملوكاً للدولة ملكية خاصة . وزالت القيود التي كان التخصيص يقتضيها . وهذا التكييف في نظرنا هو الذي يستقيم في تحليل طبيعة حق الدولة على الشيء العام . وهو وحده الذي يملبه المنطق القانوني السليم .

§ ٤ - الأحكام التي تخضع لها الأشياء العامة

٦٦ - الأشخاص العامة تخضع للأحكام التي تنفوذ مع طبيعة من

الأشخاص الإدارية فيها : قدمنا أن حق الشخص الإداري في الشيء العام هو حق ملكية ، ولكنه حق مقيد بتخصيص الشيء للمنفعة العامة ، ولذلك سمي بحق ملكية إدارية . فالأحكام التي تخضع لها الأشياء العامة هي التي يقتضيها حق الملكية الإدارية هذا^(١) ، ومن هذه الأحكام ما يترتب على أن

(١) ويترتب على ذلك مبدئياً أن للدولة حق التصرف في الشيء العام بما تقتضيه المنفعة العامة ، ومع مراعاة حقوق الأفراد . وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للملاك من الحقوق المكتسبة إلا ما تقرره لهم القوانين ، فإن كان ملكهم واقفاً على شوارع عامة ، فلهي حقهم منصرف في تمكينهم من الوصول إليه بمطلق الحرية وفي تمنيعهم بما هو ضروري من النور والهواء . أما الجهة الحكومية القائمة على الشوارع العامة ، فإن حقها في تعديلها وفي إلغائها هو حق أصيل ثابت لها ، تأخذ به كلما أرادت ، على شرط واحد هو أن تمكن أولئك الملاك من حقهم المنصرف فيما تقدم وهو الوصول إلى ملكهم بمطلق الحرية وتمنيعهم بما هو ضروري من النور والهواء . فإذا كان الثابت بالحكم أن ملك الطاعة - الذي كان محوطاً بثلاثة شوارع نافذة - باق على أصل وضعه وما يحيط به من الشوارع ، وكل ما في الأمر أن المجلس البلدي أتى للركن البحري القريب من هذا الملك فسد الشارع الواقع غريبه بمحاذاة الحد البحري له ، فهذا الذي أثبتته المحكمة في الموضوع - بما لارقابة فيه لمحكمة النقض - لا يمكن تكييفه إلا بأن المجلس البلدي أخذ بحقه الذي لا شبهة فيه ، ولم يكن لصاحب الملك أي حق قانوني يتعارض مع حقه هذا الذي أخذ به . ومتى كان الأمر كذلك ، فحكم القانون هو عدم إجابة صاحب الملك إلى ما يطلبه من التعويض بدعوى أن تصرف المجلس قد ألحق به ضرراً (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ٧٧٢ - وانظر آنفاً فقرة ٥١)

حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ، ومنها ما يترتب على أن حق الملكية هذا هو حق مقيد .

(١) . من الشخص الإدارى هو من ملكية :

٦٧ — ما يترتب منه الالزام على أنه من الشخص الإدارى هو

من ملكية : يترتب على أن حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ما يأتى :
(١) يكون للشخص الإدارى الحق فى رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيته ،
وفى رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته . (٢) ويكون للشخص الإدارى باعتباره
مالكا . أن يملك الثمار والحاصلات التى ينتجها الشيء العام . (٣) ويكون له
أيضاً : باعتباره مالكا ، تملك الظمى وتملك الركاز المدفون . (٤) ويكون
له أخيراً حق التعويض . (٥) ومادام كل شخص إدارى يملك الشيء العام
الذى يتبعه : فإن الدومين العام يتعدد بتعدد الأشخاص الإدارية التى تتبعها
الأشياء العامة .

فهذه نتائج خمس تترتب على أن حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ،
نبحثها على التعاقب .

٦٨ — دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة : جرى الفقه والقضاء فى

فرنسا على أن يكون الشخص الإدارى : حماية لحق ملكيته فى الشيء العام
وحماية لحيازته إياه ، دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة ، شأن الشخص
الإدارى العام فى ذلك شأن الأفراد . فالملكية الإدارية الثابتة للشخص الإدارى
فى الشيء العام هى إذن كالملكية العادية (الملكية المدنية) تحمى دعوى الاستحقاق
التي لا تعطى إلا للمالك ، وتحمى حيازتها دعاوى الحيازة ، وفى هذا دليل
قاطع على أن حق الشخص الإدارى فى الشيء العام إنما هو حق ملكية مهيمنة .
وقد قضت محكمة النقض الفرنسية : غير مرة : بأن للشخص الإدارى
أن يرفع دعوى الاستحقاق على مغتصب الشيء العام ، يسترد بها الشيء
المغتصب^(١) . وقضت كذلك بأن للشخص الإدارى أن يرفع دعاوى الحيازة ،

(١) نفس فرسسى ١١ يرايه سنة ١٨٩٢ سيرة ٩٣-١-٢٩-٢ فبراير سنة ١٩٠٤
سيرة ١٩٠٤-١-٣٠٠ - وانظر أيضاً تعليقات Joly في المجلة الفصلية لقانون المدن
سنة ١٩١٢ ص ٢٥٩ وما بعدها وبخاصة ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ .

يرد بها الاعتداء الواقع من الأفراد على حيازته للشيء العام (١) .

وفي مصر أثبتت محكمة الاستئناف المختلطة للدولة حق رفع دعوى الاستحقاق ، وإن أنكرت في بادئ الأمر أن يكون للدولة حق التعويض عن الحيازة غير المشروعة . فقضت بأنه لا يحق للدولة أن تطالب ، في دعوى الاستحقاق المرفوعة بشأن جزء من المال العام ، بتعويض عن حيازته غير المشروعة (٢) . ولكن ما لبثت المحكمة أن صححت هذا الخطأ ، وأقرت مبدأ التعويض كما منرى عند الكلام في حق التعويض (٣) .

والشخص الإدارى يجمع ، إلى دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة وهى وسائل القانون الخاص في حماية الملكية والحيازة ، وسائل القانون العام . فيحق له رفع الدعوى الجنائية على من يعتدى على المال العام ، وله أن يزيل آثار الاعتداء بالطرق الإدارية (٤) .

٦٩ — تملك الثمار والحاصلات : لا خلاف في أن الشخص الإدارى يملك ثمار الملك العام الذى يتبعه كما يملك حاصلاته (٥) . وتملكه ثمار الشيء العام وحاصلاته إنما هو فرع عن تملكه للشيء العام نفسه ، فمالك الأصل هو الذى يملك ما ينتج عن هذا الأصل من ثمار وحاصلات . وهذا هو التعليل الصحيح لتملك الثمار والحاصلات ، وغيره من التعليلات لا يجدى .

فقد قيل مثلاً إن الثمار والحاصلات ليست مخصصة للمنفعة العامة ، ومن ثم

(١) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٤١ - وانظر أيضاً رسالة Vleeb من تولوز سنة ١٩٠٨ .

(٢) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ .

(٣) انظر مايل فقرة ٧١ - وانظر آنفاً فقرة ٦٣ فى آخرها .

(٤) محمد زهير جرائد ص ١٠٥ .

(٥) هوريو فى موجز القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٦٤٠ وما بعدها - ريجيه رسائل فى الحقوق المدنية الإدارية فقرة ٤ ص ٢٣ وما بعدها - مجلس الدولة الفرنسى ٢٩ فبراير سنة ١٩١١ سيرييه ١٩١٢ - ٣ - ٧٣ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ سيرييه ١٩٢٣ - ٣ - ١٧ وتعليق هوريو مليهما .

تكون قابلة للتملك الخاص ، فيملكها الشخص الإدارى ملكية خاصة^(١). ولكن هذا التعليل لا يستقيم ، إذ مع التسليم بأن الثمار والحاصلات غير مخصصة للمنفعة العامة يبنى أن نعرف لماذا يملكها الشخص الإدارى بالذات ، وبأى سند يملكها . والثمار والحاصلات ليست شيئاً مستقلاً وإنما هى فرع عن أصل ، ولا يملكها إلا من يملك الأصل ، فإذا كان الشخص الإدارى هو الذى يملكها فلا بد أن يكون مالكا للأصل ، أى مالكا للشيء العام ذاته .

وقيل أيضاً إن تملك الشخص الإدارى للثمار والحاصلات إنما هو مقابل التكاليف التى يتحملها فى سبيل حفظ الشيء العام وصيانته وإدارته^(٢) . وهذا القول لا سند له من القانون ، فليست هناك قاعدة تقضى بأن من يقوم بحفظ الشيء وصيانته وإدارته يملك فى مقابل ذلك ثماره وحاصلاته . ولا تقوم هذه المقابلة إلا بموجب اتفاق أو نص تشريعى ، أما القواعد العامة فتقضى بأن من يقوم بحفظ الشيء وإدارته إذا استحق مقابلاً أخذه ممن يكون ملزماً به ، وتبقى الثمار والحاصلات ملكاً لمن يملك الأصل .

وقيل أخيراً إن الشخص الإدارى إنما يملك الثمار والحاصلات بموجب حيازته للشيء العام^(٣) . وهذا القول أيضاً يتعارض مع ما يقضى به القانون ، فالحائز إنما يملك الثمار إذا وضع يده على ملك غيره وهو حسن النية ، فيملك ما يجنيه من الثمار إلى أن يصبح سيئ النية أو إلى أن يرفع المالك عليه الدعوى . ولا شيء من ذلك قائم فى الحالة التى نحن بصدددها ، فالشخص الإدارى فى حيازته للشيء العام لا يجوز ملك غيره ، ولن يتقدم مستحق للشيء العام يطالب باستحقاقه إياه حتى يحتج الشخص الإدارى بحسن نيته لتملك الثمار التى قبضها . والصحيح أن الشخص الإدارى هو المالك للشيء العام ، وأنه باعتباره مالكا - لا حائزاً - يملك لا الثمار فحسب ، بل أيضاً المنتجات التى لا تجدى الحيازة فى تملكها .

(١) ريسى فى اللومين العام ٢ ص ١٧٧ - برتلى فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٤٨٢ - محمد كامل مرسى فى مقاله فقرة ٨٠ .

(٢) برودون فى اللومين العام جزء أول ص ٢٧١ - برتلى فى القانون الإدارى طبعة

١١ ص ٤٩١ .

(٣) چانرس فقرة ٢٧٢ ص ١٦٩ .

٧٠ - مملك الطمى والرلار المدفون : وقد استقر الفقه والنضاء فى

فرنسا على أن طمى النهر أو الترعة الذى يتصل بطريق عام ملاصق للنهر أو الترعة يكون مملوكا للشخص الإدارى الذى يتبعه هذا الطريق العام ، وذلك بموجب المادة ٥٥٦ مدنى فرنسى التى تقضى بأن يؤول الطمى للمالك المجاور . فالشخص الإدارى ، بحكم ملكيته للطريق العام ، يملك طمى النهر (أو الترعة) الملاصق لهذا الطريق (١) .

كذلك يملك الشخص الإدارى الركاز المدفون فى الشئ العام المملوك له ، باعتبار أن الملكية تشمل الأرض وما فوقها وما تحتها . وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الفحم ، الذى يعثر عليه فى منطقة ميناء وهران الملتزمون بأشغال عامة فى المنطقة المذكورة ، يكون ملكا للدولة (٢) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٢ مدنى مصرى على أن « الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » . وتطبيقا لهذا الحكم يكون الشخص الإدارى فى مصر مالكا للكنز المدفون أو المخبوء فى ماله العام ، وذلك بموجب ملكيته للمال العام ، هذا إلا إذا امتطاع أحد أن يثبت ملكيته للكنز فيكون له (٣) .

٧١ - من التعويض : وإذا اعتدى أحد على المال العام ، كان للشخص

الإدارى الذى يملكه مطالبة المعتدى بالتعويض ، وذلك امتنادا إلى ما للشخص الإدارى من حق الملكية . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة ، كما قدمنا (٤) ، تتردد فى الحكم بالتعويض . فقضت فى بادئ الأمر بأن الدولة لا يحق لها أن تطالب بتعويض عن الحيازة غير المشروعة (٥) . ثم ما لبثت أن قضت بتعويض

(١) نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٢٢ سيريه ٣٢-١-٣٥-١٦ فبراير سنة ١٨٢٦ سيريه ٣٦-١-٤٠٥-٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧-١-٤٠٥ - هوريو فى فوجز القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٦٤٠ وما بعدها- رسالة ريجو فى الحقوق العينية الإدارية فقرة ٤ ص ٢٣ وما بعدها- برتلى فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٤٨٣-چانس فقرة ١٢٠ ص ٦٧ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٥-٣-١٧ .

(٣) محمد زهير جرائنة ص ٢١٣ .

(٤) انظر أنفا فقرة ٦٨ وفترة ٦٣ فى آخرها .

(٥) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ .

على من زرع الخندق الممتد بجوار شريط السكة الحديدية ، وهو عالم بحالته وبوجه الانتفاع الظاهر به^(١) . ثم انتهت إلى إقرار مبدأ التعويض^(٢) ، ولكن لا كقابل لما فات الدولة من منافع أموالها العامة ، بل كجزاء لا بد منه لمنع اعتداء الأفراد على المال العام^(٣) . ثم أطلقت حق الحكومة في أن تعوض عن حيازة الغير لمالها العام^(٤) .

٧٢ - مفهوم المومين العام : لما كان الشخص الإداري يملك ملكية صحيحة الشيء العام الذي يتبعه ، فإنه يترتب على ذلك أن الدومين العام يتعدد بتعدد الأشخاص الإدارية التي تملك أشياء عامة . فكل شخص إداري يملك أشياء عامة يكون له دومين عام يشتمل على هذه الأشياء ، فإذا تعددت الأشخاص الإدارية التي تملك أشياء عامة ، كالدولة والأشخاص الإدارية الإقليمية والأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، كان لكل شخص إداري منها دومين عام مستقل عن الدومين العام المملوك للشخص الآخر . ويرتب على تعدد الدومين العام (multiplicité du domaine public) أنه إذا أريد نقل الشيء العام من ذمة شخص إداري إلى ذمة شخص إداري آخر ، كتحويل مستشفى تابع لإحدى البلديات إلى الدولة أو تحويل مدرسة تابعة للدولة (وزارة التربية والتعليم) إلى إحدى البلديات ، وجب أولاً أن يتم التراضي بين الشخصين الإداريين صاحبي الشأن ، ثم يكون للشخص الإداري الذي تجرد من ماله الحق في التعويض بتقاضاه من الشخص الإداري الذي أضيف إليه هذا المال ، وهذا ما يسمى بمبادلات الأموال العامة (mutations domaniales) .

وفي الرأي الذي يقول بأن الشخص الإداري لا يملك المال العام ويقتصر حقه على ولاية إشراف وحفظ وصيانة ، ترتب نتائج هي عكس النتائج التي قدمناها . ذلك أن مجموعة الأموال العامة ، سواء ما كان منها تابعا للدولة

(١) استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١ .

(٢) استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ .

(٣) استئناف مخطوط أول يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩ .

(٤) استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ - وانظر في كل ذلك محمد زهير

أو ما كان تابعا لأشخاص إدارية أخرى ، تعتبر في هذا الرأى الثانى وحدة شاملة تبسط عليها الدولة ولايتها ، ولا يكون للأشخاص الإدارية الأخرى حق ذاتى فى هذه الأموال ، ويقتصر الأمر بالنسبة إليها على مباشرتها اختصاصات معينة يقررها التشريع الإدارى . ومن ثم تكون مجموعة الأموال العامة خاضعة فى حراستها وصيانتها لولاية الدولة واختصاصات الأشخاص الإدارية الأخرى ، ولا يكون هناك تعدد للدومين العام ، بل يحل محل هذا التعدد وحدة الدومين العام (unité du domaine public) . فإذا أريد نقل شيء عام من تبعية الدولة إلى تبعية شخص إدارى آخر ، أو من تبعية شخص إدارى إلى تبعية الدولة أو إلى تبعية شخص إدارى آخر ، فإن هذا لا يقتضى التراضى بين الدولة والشخص الإدارى الآخر أو بين الشخصين الإداريين ، بل يكفى صدور أمر إدارى من الدولة لإجراء هذا النقل ، ولا محل لتعويض الشخص الإدارى أو تعويض الدولة عن الحرمان من الانتفاع بالمال العام .

وفى قضية فرنسية مشهورة عرض الأمر على كل من محكمة النقض الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسى ، فأخذت محكمة النقض بمبدأ وحدة الدومين للعام ، فى حين أن مجلس الدولة أخذ بمبدأ تعدد الدومين العام^(١) .

أما فى مصر فالواجب القول بتعدد الدومين العام وبترتيب نتائج هذا التعدد على النحو الذى بسطناه ، وذلك بصريح نص المادة ٨٧ مدنى على ما بينا^(٢) ، واستنادا إلى أن للشخص الإدارى - الدولة أو غيرها من الأشخاص الإدارية الإقليمية أو المصلحية - فى الأموال العامة التابعة له حق ملكية لا شك فيه^(٣) .

(١) انظر نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٥٧ وتعليق Sarrail - لس الدولة الفرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١١ - ٣ - ٧٥ تطبيق هوربويل الحكم فى مجموعة القضاء الإدارى جزء ٣ ص ٢١١ وما بعدها - وانظر فى تفاصيل القضية محمد زهير جرائنة ص ٩٦ - ص ١٠١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٥ .

(٣) انظر فى تعدد الدومين العام محمد زهير جرائنة ص ١٩٩ - ص ٢١٢ .

(ب) - من الشخص الإدارى هو من مقرر :

٧٣ - ما يترتب منه الأخطار على أنه من الملكية الإدارية هو

من مقرر : قلنا أن حق الملكية النى للشخص الإدارى فى المال العام هو حق مقرر بتخصيص الشيء للمنفعة العامة ، ولذلك سمي بحق ملكية إدارية^(١) ويترتب على أن حق الملكية الإدارية هو حق مقرر ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٧ مدنى ، فقد رأيناها تقول : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » ، ومن ثم تترتب النتائج الآتية : (١) عدم جواز التصرف فى الشيء العام ، لأن التصرف فيه يتنافى مع تخصيصه للمنفعة العامة . (٢) عدم جواز الحجز على الشيء العام ، لأن الحجز يودى إلى بيع الشيء العام جبراً ، أى إلى التصرف فيه ، والتصرف ممنوع كما قلنا (٣) عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم ، لأن التملك بالتقادم كالتصرف يتنافى مع تخصيص الشيء العام للمنفعة العامة . فهذه نتائج ثلاث نجحنا على التعاقب .

٧٤ - عدم جواز التصرف فى الشيء العام : الشيء العام مملوك ملكية صحيحة للشخص الإدارى النى يتبعه هذا الشيء كما قلنا ، ولكن لما كان الشيء مخصصاً لمنفعة عامة فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز للمالك - أى للشخص الإدارى - أن يتصرف فى الشيء العام بما يتعارض مع المنفعة العامة التى خصص لها . فلا يجوز للشخص الإدارى أن يبيع الشيء العام ، أو أن يهبه ، أو أن يرهنه ، أو أن يجرى فيه أى تصرف آخر يتعارض مع تخصيصه ، فإن هذه التصرفات من شأنها أن تزيل ملكية الشخص الإدارى للشيء العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . وإذا أراد الشخص الإدارى أن يجرى مثل هذا التصرف ، وجب عليه أولاً تحويل الشيء العام إلى شيء خاص بطريقة من طرق التحويل التى سنبينها فيما يلى^(٢) ، وبعد تجريد الشيء من صفته العامة وصيرورته شيئاً خاصاً يمكن للإدارة عندئذ أن تتصرف

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٢ وما بعدها .

فيه كما تتصرف في سائر أموالها الخاصة^(١). أما إذا تصرفت الإدارة في الشيء العام مع احتفاظها بصفته العامة، فإن التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا، لا ترد عليه الإجازة، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به. فيجوز إذن لمن تصرف إليه الشخص الإداري من الأفراد أن يتمسك بالبطلان، فمن يشتري شيئا عاما من الإدارة ويدفع ثمنه يجوز له أن يتمسك ببطلان البيع وأن يسترد الثمن^(٢). وأهم من ذلك أن الشخص الإداري نفسه الذي صدر منه التصرف يجوز له - بل يجب عليه - أن يتمسك بالبطلان، دعوى أو دفعا. فيرفع دعوى البطلان إذا كان قد سلم الشيء العام للمشتري. ويدفع بالبطلان إذا كان لم يسلم الشيء وطالبه المشتري بالتسليم^(٣). ويجوز كذلك للشخص الإداري أن يلجأ إلى دعوى الاستحقاق يسترد بها الشيء العام الذي سلمه للمشتري، فإذا ماتمستك هذا الأخير بالبيع دفعت الإدارة ببطلانه. وفي جميع الأحوال تكون الإدارة مسئولة عن هذا البيع الباطل نحو المشتري مسئولة تقصيرية^(٤)، ويجب عليها أولا أن ترد للمشتري الثمن، وأن تدفع له تعويضا عما عسى أن يكون قد لحقه من الضرر.

على أنه يلاحظ أن عدم جواز التصرف إنما يكون في نطاق التصرفات التي تتنافى مع تخصيص الشيء للمنفعة العامة كما قدمنا، كالبيع والهبة والرهن وغيرها من التصرفات المدنية. وهناك أنواع أخرى من التصرفات تلائم الأموال العامة، وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص الشيء للمنفعة العامة. من ذلك

(١) مجلس الدولة الفرنسي ٥ مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة أحكام مجلس الدولة سنة ١٩٢٢

ص ٣٩٠.

(٢) انظر مع ذلك رأيا يذهب إلى أنه ليس للمشتري أن يتمسك بالبطلان، لأن البطلان إنما

شرع لمصلحة الشخص الإداري: في جزئي المبادئ العامة للقانون الإداري طبعة ثالثة جزء ٤ ص ٢٨ وما بعدها - محمد زهير جرافة ص ١٣٨.

(٣) فإذا باعت الحكومة للملاك المجاورين لله أرضي تكونت من طلي هذا النهر، وكانت

هذه الأراضي بتمتضي موقعها ومستواها جزءا من الأملاك العامة، كان البيع باطلا، ولم يجوز للحكومة تسليم هذه الأراضي للمشتريين وعليها أن تدفع ببطلان البيع (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٥ - محمد كامل مرسى في مقاله فقرة ٨٨ ص ٧٨٩).

(٤) نقض فرنسي ١١ فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٩ - ١ - ١٩٦ وفي رأى تكون

المسئولية تعاقدية (جربوبل ١١ يناير سنة ١٨٦٥ دالوز ٧٦ - ٢ - ١٨).

منع التزام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على شيء عام ، وهو جائز للملازمة لطبيعة المرفق العام ، كذلك تجوز مبادلات الأموال العامة (mutations domaniales) لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة ، فيصح أن تنزل الدولة لأحد الأشخاص الإدارية الأخرى (المحافظة أو المدينة أو الجامعة أو دار الكتب أو غير ذلك) عن شيء عام في مقابل تعويض تنقاضه من هذا الشخص الإداري ، كما يصح أن ينزل شخص إداري عن شيء عام بملكه للدولة في مقابل تعويض . فهذه تصرفات تجرى في الأموال العامة ، ولكنها تصرفات إدارية لا تصرفات مدنية ، وهي تصرفات لا تتعارض مع تخصيص المال العام للمنفعة العامة ومن ثم يجوز إجراؤها^(١) .

٧٥ — عدم جواز الحجز على الشيء العام : وهذا الحكم هو نتيجة منطقية للحكم السابق ، فتنى تقرر أنه لا يجوز التصرف في الشيء العام بما يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة ، وجب القول كذلك بأنه لا يجوز الحجز على الشيء العام . ذلك أن الحجز ينتهي إلى بيع إجباري ، فإذا كان البيع الاختياري ممنوعاً فأولى أن يمنع البيع الإجباري^(٢) .
ولإذا اتخذت إجراءات لنزع ملكية الشيء العام ، كانت هذه الإجراءات باطلة بطلاناً مطلقاً لا تصححها الإجازة^(٣) .

وإذا كان الحجز على الشيء العام غير جائز ، فكل ما يؤدي إلى هذا

(١) وكثيراً ما يستغل الشخص الإداري الشيء العام في صورة تراخيص يمنحها للأفراد في مقابل عوض يتقاضاه . والترخيص بطبيعته مؤقت وغير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دائماً ، لداعي المصلحة العامة ، الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٧) . كذلك هناك أموال عامة مخصصة للمنفعة العامة ؛ وهذا التخصيص في ذاته يقتضي استغلال الدولة لها ، وذلك كالكسك الحديدية وخطوط التلغراف والتلفون ، فإن تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون في صورة استغلال يعود عادة بريح وفير على الدولة .

(٢) انظر في مبدأ عدم جواز الحجز على الشيء العام : استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ١٠٨ - ١٢ يونيو سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٤٠١ - ١١ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٥ ص ٦٨ .

(٣) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٥٧ - ١١ مايو سنة ١٩٠٩

الحجز يكون غير جائز أيضاً ، ومن ثم لا يجوز رهن الشيء العام ، لا رهناً رسمياً ولا رهناً حيازياً . كما لا يجوز أخذ حق اختصاص به . ولا يجوز أن يترتب عليه حق امتياز^(١) .

٧٦ - عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم : وهذا هو أهم القيود الثلاثة التي وضعت لحماية الشيء العام ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز . ووجه ذلك واضح ، فإنه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإداري يعتمد إلى التصرف في الشيء العام إلا إذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك يندر أن يقدم دائن للشخص الإداري على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإداري يكون عادة موسراً فلا يكون دائنه في حاجة إلى التنفيذ الجبري على ماله . وإنما الخشية كل الخشية هي في أن تعتدى الأفراد على الشيء العام بوضع اليد عليه أملاً في أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم سد القانون هذا الباب في أوجه المعتدين ، وحرّم تملك الشيء العام بالتقادم^(٢) .

كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة . وإذا كان الشخص الإداري يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمي حيازته ، فإن الأفراد لا يحمون في حيازتهم للشيء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها . فلا يجوز لو اضع اليد على شيء عام أن يرفع دعوى منع التعرض ، إذ أن هذه الدعوى تفترض أن يكون الشخص واضعاً يده بصفته مالكا ، والشيء العام لا يقبل وضع اليد عليه بهذه الصفة . ومع ذلك إذا كانت صفة العمومية متنازعا عليها ، جاز لو اضع اليد أن يرفع دعوى منع التعرض ، ويبقى واضعاً يده حتى ترفع الإدارة دعوى تثبت فيها أن العين مخصصة للمنفعة العامة^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٧ ماي ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٣٢٥ .

(٢) وقد قضى ، تطبيقاً لعدم قابلية الشيء العام للتملك بالتقادم ، بأن جنائيات السكة الحديدية

المخصصة للمنفعة العامة لا يمكن تملكها بالتقادم ، ولو لم تكن السكة الحديدية منتفعة بها حالا

(استئناف وطني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٣ ص ٦٢) .

(٣) محمد زهير جرائنة ص ١٤٢ - ص ١٤٣ والأحكام المشار إليها في ص ١٤٣

هامش ١ .

ومتيقن أن الشيء العام لا يمكن تملكه بالتقادم ، فإنه يترتب على ذلك أن الشخص الإداري -

وكما لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولاً بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإداري أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يد حائزه ، ولو كان هذا الحائز حسن النية . وإذا كان الشيء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فإن الشخص الإداري يستطيع أن يسترده منه ، ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشتري قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع في سوق عامة أو من تاجر يتعامل في مثل هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثري لا يجوز التبايع فيه ، بل بيعه وشرائه باطلان . وللحكومة أن تقاضي من يكون هذا التمثال في حيازته مهما كانت جنسيته لتسرده منه ، بغير تعويض تدفعه أو ثمن ترده إليه ، ولا يكون له أن يحتج عليها بحكم المادة ٨٧ مدني (قديم) ، فإن من المقرر قانوناً أن أحكام امتلاك المنقول بالحيازة لا ترد بحال على الأملاك العامة^(١) .

ويمكن القول إنه لما كان الشيء العام لا يجوز أن تنتقل ملكيته إلى أحد مادام مخصصاً للمنفعة العامة ، فإن أياً من أسباب كسب الملكية لا يرد عليه . وأسباب كسب الملكية هي الاستيلاء ولا يتصور أن يرد على الشيء العام ، والميراث والوصية وهما كذلك لا يتصوران ، والشفعة وهي لا تجوز إلا في الشيء العام ولا بالشيء العام . ويبقى بعد ذلك من أسباب كسب الملكية العقد والتقادم والالتصاق . وقد قدمنا أن الشيء العام لا يجوز التصرف فيه بالعقد ولا تملكه بالتقادم ، والآن نقرر أنه لا يجوز تملكه بالالتصاق . فإذا أقامت الإدارة مبنى عاماً على أرض غير مملوكة لها ، لم يجز لصاحب الأرض أن يملك المبنى العام بالالتصاق ، بل الإدارة هي التي تنزع ملكية الأرض^(٢) . ولكن قواعد الالتصاق تنطبق في الفرض العكسي ، فإذا بنى الغير أو غرس في أرض من

= يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على واضع اليد في أي وقت ، حتى له ين واضع اليد حائزاً للشيء العام مدة التقادم .

(١) نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ٢٩٩ ص ٦٠٣ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ أبريل سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٩ - ١ - ٤٤٢ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨

سير ١٩٠٩ - ١ - ٤٨٥ .

للمنافع العامة ، جاز للإدارة أن تملك البناء أو الفراس بالالتصاق في مقابل دفع للتميمة التي قررها القانون^(١) .

المطلب الثاني

الأشياء الخاصة

(Domaine privé)

٧٧ - مسائل البحث : الأشياء الخاصة هي الأشياء المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، وهي الأشياء غير المخصصة للمنفعة العامة . وهناك أمثلة كثيرة لهذه الأشياء . بل إن الأشياء العامة ذاتها يمكن أن تنقلب إلى أشياء خاصة . بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة على الوجه المقرر في القانون . وحق الدولة في الأشياء الخاصة هو حق ملكية خاصة ، لا حق ملكية إدارية . وتخضع هذه الأشياء بوجه عام لأحكام الملكية ، شأنها في ذلك شأن الأشياء المملوكة للأفراد .

فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة .
(٢) تحول الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها .
(٣) تكييف حق الدولة في الأشياء الخاصة والأحكام التي تخضع لها هذه الأشياء .

§ ١ - أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة

٧٨ - الدومين الخاص : إلى جانب الدومين العام للدولة يوجد الدومين الخاص . وقد رأينا^(٢) كيف نبت التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص في فرنسا ، وقد انتقل هذا التمييز إلى القانون المصري . فأصبح الدومين الخاص ، على خلاف الدومين العام ، هو ما لم يخص للمنفعة العامة ، وتملكه الدولة أو الشخص المعنوي العام ملكية خاصة ، ويكون التصرف فيه كتصرف الأفراد في أموالهم الخاصة .

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٣ - مجلس للدولة لفرنسي ١٠١٠ يو

سنة ١٩٢٧ مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٩٢٧ ص ٥٨١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٥ .

وأَسباب كسب الدومين الخاص متعددة : وهى نفس أسباب كسب الملكية الخاصة . فقد تملك الدولة المال بالاستيلاء إذا لم يكن له مالك ، فتضع يدها عليه بنية تملكه . وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالاتصاق ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩١٩ مدنى على أن « الأراضي التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » ، والملكية هنا ملكية خاصة كما سبق القول^(١) . وقد تملك الدولة أو الشخص المعنوى العام المال ملكية خاصة بالعمد (كالهبة والبيع) وبالصية . ويقع ذلك فى بعض الأحيان كما إذا وهب شخص أو أوصى لإحدى الجامعات بمال تستعين به الجامعة على تحقيق أغراضها العلمية . وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالتقادم طبقا لقواعده ، ولكن متى أصبح المال ملكا خاصا للدولة فإنه يصبح غير قابل لتملك الأفراد له بالتقادم كما سيأتى^(٢) . ونرى من ذلك أن الدولة أو الشخص المعنوى العام قد يملك ، بأسباب مختلفة ، أموالا متنوعة من عقارات ومنقولات ملكية خاصة ، وكثيراً ما يوقف على الجامعات والهيئات العامة أموال طائلة ، فجامعة القاهرة ودار الكتب وغيرهما من الهيئات موقوف عليها أطيان وأرض رصدها عليها رجال الخير . وتدير أموال الدولة الخاصة عادة مصلحة الأملاك الأميرية ، إن لم تدرها هيئة فنية متخصصة .

بنى من أسباب كسب الملكية الشفعة والميراث^(٣) . أما الشفعة فيندر أن تشفع الدولة فى عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعا من أن تأخذ العقار بالشفعة . وسنبحث الميراث فيما يلى :

(١) انظر آنفا فقرة ٥٣ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٨ .

(٣) ويضاف إلى أسباب كسب الملكية ، بالنسبة إلى الدولة ، القانون . فقد ينص القانون على أن تملك الدولة مالا معينا ملكية خاصة ، كما فعل قانون المناجم والمهاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) إذ نصت المادة ٣ منه على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضي المصرية والمياه الإقليمية » ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المهاجر عدا مواد البناء ... التى توحد فى المهاجر التى تثبت ملكيتها للغير . وكما فعل قانون الإصلاح الزراعى فقد وضع حداً أقصى للملكية الزراعية وما يزيد على هذا الحد تنتقل ملكيته للدولة فيكون مملوكا لها ملكية خاصة إلى أن يورع عن صغار الملاحين طبقا لأحكام هذا القانون .

٧٩ - التركة التي لا وارث لها : إذا مات شخص ولم يترك وارثا

ففي الشريعة الإسلامية تؤول تركته إلى بيت المال . وبيت المال تمثله الآن خزانة الدولة ، فيمكن القول إذن إن التركات التي لا وارث لها تكون ملكا للدولة ، وتكون من أملاكها الخاصة .

بقي أن نعرف هل أيلولة التركة إلى الدولة تكون بطريق الميراث ، أي أن الدولة تعتبر وارثا لمن لا وارث له ؟ اختلف الرأي في ذلك . فمن قائل إن التركة تؤول إلى الدولة بطريق الميراث . ومن قائل بل هي تؤول إلى الدولة على أساس أنها مال لا مالك له ، والمال الذي لا مالك له يؤول إلى الدولة . ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم في هذا الصدد : « والحق أنه مال فيه معنى الإرث والمصاحبة معاً ، فهو ملك لجميع المسلمين على السواء ، يستوى في ذلك الموجودون وقت وفاة المتوفى ومن سيوجد بعد ذلك ، وبصرف في مصالح الجميع على السواء ، ويستوى فيه الذكور والإناث ، والقريب والبعيد ، وفي قول لمالك رضي الله عنه أن مال من يتوفى من غير وارث يكون للفقراء لا لبيت المال ، نص على ذلك في شرح الدرر البيضاء وغيره . وعند الإمامية يكون هذا المال للإمام بحكم ولاء الإمامة »^(١) .

والصحيح في نظرنا أن التركة تؤول إلى الدولة مالا خاصا ، لا باعتبارها تركة موروثة ، بل باعتبارها مالا لا مالك له ، فتملكه الدولة بمجرد وفاة المالك دون وارث وقبل أن تضع يدها عليه . فالدولة ليست وارثا لمن لا وارث له^(٢) ،

(١) أحمد إبراهيم بحث مقارن في الموارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٣٣ - سنة ١٩٣٤ (المقال الثاني ص ٥٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال ، وإن عد مستحقا للتركات التي لا مستحق لها ، فإنه لا يعتبر وارثا في نظر الشرع ، ولذلك فهو لا يصلح خصما في دعوى الوراثة (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ٢ ص ١٠٠٧) . وقضت ترتيبا على ذلك بأن البطيريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطيريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة الذي لا يرثها بحال ، ليس له الحق فيه ، هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل إطلاقا في حدود سلطتها باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون . وإذن فهي مسئولة عن التصرف ، باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص (نقض مدني ١٢ برير سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ١ ص ١٠٠٧) .

وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه والراجح من مذهب أحمد^(١) وأهم نتيجة تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لا وارث له ، أن صاحب التركة لو أوصى بكل تركته لأحد نفذت الوصية في كل التركة ، دون حاجة لإجازة الدولة فيما زاد على الثلث . ولو كانت الدولة وارثاً ، لوجب لإجازتها فيما زاد على الثلث طبقاً لأحكام الوصية . وفي هذا المعنى يقول الأستاذ أحمد إبراهيم : « وأما على مذهب أبي حنيفة وأصحابه والراجح من مذهب أحمد وبعض العلماء ، فإن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الورثة جميعاً تنفذ بدون توقف على إجازة أحد ، ويقدم الموصى له بما زاد على الثلث على بيت المال حتى لو كانت الوصية بكل مال التركة . وذلك لأن بيت المال عند هؤلاء ليس وارثاً ، وإنما هو محل توضع فيه التركات التي لا مستحق لها على أنها مال ضائع . وإذا كان مع الموصى له أحد الزوجين ، فإن لم يجز فله نصيبه من الباقي بعد الثلث فقط ، وتكمل وصية الموصى له من الباقي بعد ذلك ، ويقدم على بيت المال كما تقدم ، حتى لو استغرق ما بقي كله . وإذا أجاز كان للموصى له كل ما أوصى له ، والباقي لبيت المال إن بقي شيء ، وإلا فكل التركة للموصى له بمقتضى الوصية والإجازة جميعاً^(٢) . »

(١) هذا وقد صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف من المتوفين من غير وارث ، فذكر من نصوصه المواد الآتية : م ١ / ١ - تزول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم . م ١ / ٢ - ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ، ولو كان سببه الميراث ، بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث ، أيا كان تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة ، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه . م ٨ : ١ - تسلم الأراضى الزراعية للإدارة العامة للأموال وطرح النهر ، أما العقارات المبنية والأراضى الفضاء المخصصة للبناء فتسلم لوزارة الإسكان والمرافق العامة لإدارتها لحساب التركة ، حتى يتم تصفيها أو يتقرر تسليمها لصاحب الحق فيها . م ٢ - وتضمن من تاريخ الوفاة جميع أنواع النشاط التجارى أو المهني التي كان يزاولها المتوفى . م ٩ - تصنى كافة عناصر التركة على وجه السرعة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزينة العامة لحساب التركة ، حتى يتقرر حق ذوى الشأن فيها أو تنتهى المدة المنصوص عليها بالمادة الثانية . م ١١ - في حالة ظهور مستحق لتركة ، يخضع من نصيبه ربح قدره ١٠٪ من إجمال الإبراد نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمال الثمن نظير نفقات التصفية ، كما تخضع سائر المصروفات لعمليّة الأخرى .

(٢) أحمد إبراهيم بحث مقارنة في الموارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٣٢ - سنة ١٩٣٤ (المقال لكأن ص ٥١ - ٥٢) .

ونتيجة ثانية ترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً ، أن مال أهل الذمة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو أيضاً للدولة . ولو كانت الدولة وارثاً ، لما ورثت من غير المسلم .

ونتيجة ثالثة ترتب أخيراً على ما تقدم ، أنه لو مات شخص عن غير وارث ، ووضع شخص آخر يده على ماله ، فإن حق الدولة لا يسقط بمضي ثلاث وثلاثين سنة ، لأن هذه المدة إنما تسقط دعوى الميراث والدولة ليست بوارث . كذلك لا يستطيع واضع اليد أن يتملك التركة بالتقادم ، لأنها مال الدولة الخاص ، ومال الدولة ولو كان خاصاً لا يجوز تملكه بالتقادم كما سنرى (١) .

٨٠ - الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها : ويعتبر أيضاً ملكاً خاصاً للدولة الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها ، كأراضي الصحراء والجبال وما إلى ذلك . وقد نصت المادة ٨٧٤/٢ مدني في هذا الصدد على أن ١ - الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة . ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح .

والملكية هنا هي أيضاً ملكية خاصة ، وكانت تتميز بحكم خاص ، إذ كانت للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « إلا أنه إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك . ولكن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) ألغى هذه الفقرة فأصبحت هذه الأراضي شأنها شأن مائر أملاك الحكومة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ومنعود إلى أحكام هذا القانون فيما يلي (٢) .

٨١ - أموال المشروع الهام من مؤسسات عامة وشركات عامة : دخل في القانون المصري أخيراً ما يعرف بالمشروع العام (entreprise)

(١) انظر ما يلي فقرة ٨٨ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٨٩ - فقرة ٩٢ .

(publique) . وهو إما مؤسسة عامة أو شركة عامة . وكان ذلك أثراً من آثار التوسع الكبير في نشاط القطاع العام في توجيه الاقتصاد القومي والتنمية الاقتصادية . وأخذت الدولة بزمَام هذا النشاط بعد أن كان متروكاً للنشاط الأفراد أو لنشاط ما يسمى بالقطاع الخاص . والأداة الرئيسية لكل ذلك هي التأميم (nationalisation) ، فيأخذ المشروع العام عادة شكل المؤسسة العامة أو الهيئة العامة عندما تقوم الدولة بنشاط صناعي أو تجاري أو زراعي أو مالي أو عندما تقوم بتأميم المرافق العامة كالكهرباء والغاز والمياه والمواصلات ووسائل النقل المختلفة ، ويأخذ شكل الشركة المساهمة العامة عندما تقوم الدولة بتأميم البنوك وشركات التأمين والشركات التي كانت تابعة من قبل للقطاع الخاص كشرركات الملاحة والمصانع والمتاجر والفنادق وكذلك عندما تنشئ المؤسسات شركات عامة .

وقد صدر أخيراً القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ في شأن المؤسسات العامة ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ في شأن الهيئات العامة . ويظهر من الرجوع إلى هذين القانونين أن المؤسسة العامة « تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مالياً أو تعاونياً » (م ١ من قانون المؤسسات العامة) ، في حين أن الهيئة العامة تنشأ « لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة » (م ١ من قانون الهيئات العامة) . على أن هذه التفرقة لم تلتزم بدقة كافية ، فهناك نشاط تمارسه المؤسسة العامة ويمكن أن يكون مرفقاً عاماً ، كما أنه ليس ثمة ما يمنع الهيئة العامة من أن تزاوِل نشاطاً اقتصادياً لا تتوافر له صفة المرفق العام (١) .

والمؤسسات العامة والهيئات العامة تعتبر من أشخاص القانون العام . ولكن أموال المؤسسة العامة تعتبر في الأصل من الأموال الخاصة ، ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الجمهوري الصادر بإشياء المؤسسة . أما أموال

(١) ويقول الأستاذ مصطفى كمال طه في هذا الصدد : « والواقع أن تحديد ما يعتبر مؤسسة عامة أو هيئة عامة لا يرجع إلى طبيعة النشاط . . . وإنما يرجع إلى تحديد ذلك هو إلى القرار الجمهوري . . . ومعنى ذلك أن ضابط التفرقة بين المؤسسة العامة والهيئة العامة هو في الحقيقة ضابط شكل محض مرده إرادة المشرع وحدها . وبإبرغم من صدور قانون للمؤسسات العامة وآخر للهيئات العامة . فإن أعلية الأحكام مشتركة بينهما » (مصطفى كمال طه في التوجيه في القانون التجاري سنة ١٩٦٥ فقرة ٤٨٢) .

المؤسسات العامة وتعتبر في الأصل من الأموال العامة ، مالم ينص على خلاف ذلك في القرار الجمهوري الصادر بإنشاء الهيئة^(١) . والمؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة ، وتوضع على نمط ميزانيات المشروعات التجارية ، وأرباح المؤسسة العامة بحسب الأصل تؤول إليها ، كما تواجه المؤسسة العجز أو الخسارة أصلا عن طريق ما تعقده من قروض . أما الهيئات العامة ، وإن كانت لها ميزانية خاصة ، إلا أنها تلحق بميزانية الدولة وتجرى عليه أحكامها ، وتحمل الدولة عجزها ، ويؤول لميزانية الدولة ما قد تحققه من أرباح .

والشركات المساهمة العامة تعتبر من أشخاص القانون الخاص . وتعتبر أموالها أموالا خاصة ، شأنها في ذلك شأن المؤسسات العامة ، بل هي أولى من المؤسسات في اعتبار أموالها أموالا خاصة ، إذ هي كما قدمنا من أشخاص القانون الخاص في حين أن المؤسسات من أشخاص القانون العام كما سبق القول . ويخلص من ذلك أن كلا من المؤسسات العامة وشركات المساهمة العامة تعتبر أموالها أموالا خاصة .

§ ٢ - تحول الأشياء العامة إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها للمنفعة العامة

٨٢ - نص قانوني : تختص المادة ٨٨ مدني (المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتي :

« تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة »^(٢) .

(١) وهناك قوانين وقرارات منشئة لبعض المؤسسات والهيئات قد نصت صراحة على اعتبار أموالها أموالا خاصة : مثل ذلك م ١٢ من نظام هيئة قناة السويس ، وم ٢٨ من نظام البنك المركزي المصري ، وم ١٣ من نظام البنك الأهلي المصري ، وم ٨ من قانون مؤسسة بنك مصر .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠ من المشروع التمهيدى إلى وجه مطابقة لما استقر عليه في المقتنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن عبارة « أو بالفعل » لم تكن واردة في نص المشروع التمهيدى . وأقرت النص لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠ . و المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ٩٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو بالفعل » بعد عبارة « أو =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩ من التقنين الوطني^(١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٩١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٨٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٧٢ - ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢).

وتحول الشيء العام إلى شيء خاص بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة هو من أهم المصادر التي تكسبها الدولة أموالها الخاصة ، فكثير من الأشياء التي كانت مخصصة للمنفعة العامة ينتهي تخصيصها هذا ، فتتقلب من أشياء عامة إلى أشياء خاصة ، فيجوز للدولة التصرف فيها ، كما يجوز التنفيذ عليها بالحجز.

٨٣ - كيف ينتهي تخصيص الشيء للمنفعة العامة فيصبح شيئاً خاصاً : وينتهي تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، فيصبح شيئاً خاصاً ، بنفس الطريقة التي يخصص بها للمنفعة العامة . وقد رأينا^(٣) أن الشيء يخصص للمنفعة العامة بطريق رسمي (قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص) ، أو بطريق فعلي بتخصيصه فعلاً للمنفعة العامة . وكذلك ينتهي تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، فيكون الانتهاء بطريق رسمي (قانون أو قرار جمهوري أو قرار

- مرسوم . . . ليتشأن ذلك مع كيفية اكتساب الملك العام ، وقد أقر القضاء هذا المبدأ ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه التقنين الجديد ، وصار رقمه ٨٨ . وأقره مجلس الشيوخ كما عدت له (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٣ - ٤٨٨) .

ثم صدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٢ ، فعدل النص بعد عبارة « بمقتضى قانون » على الوجه الآتي : « أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص » .

(١) التقنين المدني السابق م ١/٩ (وطني) : الأملاك الأميرية المخصصة للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستبيلة ، ولا يجوز ججزها ولا بيعها ، وإنما الحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٧٢ (مطابق فيما عدا إغفال عبارة « أو مرسوم » في التقنين العراقي) .
قانون الملكية المدنية اللبنانية لا مقابل .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦ في آخرها .

من الوزير المختص) ، أو بطريق فعلى وذلك بانتهاء الغرض الذى من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة .

وقبل أن نستعرض كلا من الطريقتين ، ندلى بملاحظتين :

(الملاحظة الأولى) ورد فى نص المادة ٨٨ مدنى : « وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . والصحيح أن الطريق الفعلى هو نفسه يكون بانتهاء الغرض الذى من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة ، فلا يوجد إذن طريق ثالث ، ولا يوجد إلا طريقتان كما قدمنا : الطريق الرسمى والطريق الفعلى . وتكون لفظة « أو » السابقة على عبارة « انتهاء الغرض إلخ » زائدة لا محل لها ، ويجب أن تقرأ العبارة الأخيرة من النص على الوجه الآتى : « أو بالفعل بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » (١) .

(الملاحظة الثانية) ليس من الضرورى أن ينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة بنفس الطريقة التى خصص بها من قبل للمنفعة العامة . فقد يخصص شيء للمنفعة العامة بطريق رسمى وينتهى تخصيصه بطريق فعلى ، وكذلك قد يخصص شيء للمنفعة العامة بطريق فعلى وينتهى تخصيصه بطريق رسمى .

(١) ويؤكد ذلك الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فلم يرد فى هذه المذكرة إلا طريقتان لانتهاء التخصيص للمنفعة العامة هما الطريق الرسمى والطريق الفعلى ، إذ جاء فى هذا الصدد ما يأتى : « كما أن تخصيص الأموال للمنفعة العامة يكون بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم ، كذلك ينتهى التخصيص للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو مرسوم أو بانقطاع استعمالها بالفعل الاستعمال الذى من أجله اعتبرت مخصصة للمنفعة العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨٤) - والسبب فى عدم دقة نص المادة ٨٨ مدنى يرجع إلى ما يأتى : كان نص المشروع التمهيدى دقيقاً إذ جاء على الوجه الآتى : « ... وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . فكان واضحاً أن طريق انتهاء التخصيص « بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » هو الطريق الفعلى نفسه ولا شيء غيره . ولم تنتبه لجنة مجلس الشيوخ إلى ذلك ، وظنت أن النص لا يشتمل على الطريق الفعلى ، فقررت إضافة « عبارة أو بالفعل » ، فجاء ذكر الطريق الفعلى على هذا الوجه مكرراً ، ذكر فى الأصل بعبارة « أو بانتهاء الغرض ... » ، ثم أعيد ذكر « بالإضافة عبارة » أو بالفعل » . وكانت إحدى المبارتين تنفى عن الأخرى ، بل كان الأولى ألا تصيف لجنة مجلس الشيوخ عبارة « أو بالفعل » فإن معناها كان موجوداً فعلاً فى نص المشروع . انظر آنفاً فقرة ٨٢ فى هامش ومجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ .

٨٤ - انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمي : كما يخصص الشيء المملوك للدولة ملكية خاصة للمنفعة العامة بطريق رسمي ، أى بطريق قانون أو قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار من الوزير المختص أو قرار من الإدارة المختصة^(١) ، كذلك ينتهى تخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمى على النحو السالف الذكر . فيجوز إنهاء التخصيص ، وتجريد المال من صفته العامة (déclassement, désaffectation) ، بقانون أو قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار من الوزير المختص أو قرار من الإدارة المختصة . ولا يشترط التماثل بين أداة التخصيص وأداة إنهاء التخصيص ، فقد يخصص شيء للمنفعة العامة بقانون وينتهى تخصيصه بقرار جمهورى إذا كان ذلك جائزاً طبقاً للنظم المقررة . وقد يقع العكس فيخصص شيء بقرار جمهورى وينتهى تخصيصه بقانون ، أو بقرار من مجلس الوزراء أو من الوزير المختص أو من الإدارة المختصة ، مادام كل ذلك جائزاً طبقاً للنظم المقررة . وقد قلنا أنه يجوز تخصيص شيء للمنفعة العامة بطريق رسمى ، وإنهاء التخصيص بطريق فعلى^(٢) .

ولا شك فى أن إنهاء التخصيص للمنفعة العامة أمر تقديرى موكول إلى الحكومة ، فهى ترى ما إذا كان من الملائم أن تنهى التخصيص أو ألا

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٧ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٨٣ - وقد كان التفتيش المدنى الوطنى السابق (م ١/٩) يقضى بأن الأملاك المختصة للمنفعة العامة يجوز للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر . وقد فر هذا النص بأن الحكومة أن تنهى تخصيصها لهذه الأملاك بمقتضى قانون أو مرسوم فتتحول إلى أملاك خاصة ، ومن ثم يجوز التصرف فيها . وكان هناك من يذهب إلى أنه لا يجوز إنهاء التخصيص إلا بمقتضى قانون أو مرسوم كما ورد فى النص ، فلا يجوز إنهاء التخصيص بقرار من مجلس الوزراء أو الوزير المختص أو الإدارة المختصة ، حتى لو أن التخصيص للمنفعة العامة فى بداية الأمر كان تخصيصاً فعلياً لا تخصيصاً رسمياً (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ق م ٥٨ ص ١٠٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٢١١ ص ٤٣١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ الهامة ١٤ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ الهامة ١٩ رقم ٣٤١ ص ٨٣٥ - انظر عكس ذلك استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية المخططة ٢ ص ٣٥٥ - ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٤) .

تنبه ، ولا معقب على تقديرها في ذلك من القضاء إلا إذا انطوى التقدير على
التصرف في استعمال السلطة^(١)

٨٥ - انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلي : كانت هذه

المسألة مثار خلاف كبير في عهد التقنين المدني السابق . فقد قدمنا أن هذا
للتقنين كان ينص على أن انتهاء التخصيص يكون « بقانون أو أمر » ، فكان
هناك رأى يذهب إلى أنه لا يجوز انتهاء التخصيص إلا بطريق رسمي . ومن
أنصار هذا الرأى من يقول بأن أداة انتهاء التخصيص يجب أن تكون قانونا
أو مرسوما ولا شيء غيرهما ، ومنهم من يقول بأنه يجوز أن تكون أداة انتهاء
للتخصيص غير القانون أو المرسوم فتكون بقرار من مجلس الوزراء أو الوزير
المختص أو الإدارة المختصة^(٢) . ولكنهم جميعا ، سواء منهم من يشترط القانون
أو المرسوم ومن يجيز غيرهما ، متفقون على أن انتهاء التخصيص لا يكون
إلا بأداة رسمية ، وأن انتهاء التخصيص بطريق فعلي لا يجوز^(٣) .

وكان هناك رأى ثان يذهب إلى التمييز بين المال العام بطبيعته كالجسور ،
والطرق ومجارى الأنهر والأترع فهذه يجوز إنهاء تخصيصها للمنفعة العامة بطريق
فعلي بأن يتبين على وجه واضح أن تخصيصها للمنفعة العامة قد انتهى وزال ،
وبين المال العام حكما كالحصون والقلاع والشكنات ودور الحكومة وهذه
لا يجوز إنهاء تخصيصها للمنفعة العامة بطريق فعلي بل لابد من صدور أداة
رسمية كقانون أو قرار لإنهاء التخصيص . وقد قضى ، تطبيقا لهذا الرأى ،
بوجوب التفريق بين الأملاك العامة الطبيعية والأملاك العامة حكما . فالنوع
الأول . كمجرى الأنهار والطرق والجسور ، يجوز أن تزول عنها صفتها أى

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٥ : ٣ - ١ - محمد زهير

حرارة ص ١٩٢ - محمد عل عرفة فقرة ١٣٤ ص ١٦٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٨٤ فى الهامش .

(٣) استئناف مصر ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٣٤١ ص ٨٣٥ - ٢٤ يناير

سنة ١٩٣٤ الهامة ١٤ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٨ - استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص

٣٦٧ - ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٤ - رأى مازن فى تعليقه على حكم محكمة استئناف مصر

فى ٩ ابريل سنة ١٩٣٠ مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٦٩٩ وما بعدها .

كونها من المنافع العامة بأسباب طبيعية ، كما لو تحول مجرى النهر فيصبح بذلك من الأملاك الخاصة دون حاجة إلى قانون أو رسوم باستثناء المنافع العامة عنها . والنوع الثاني ، كالحصون والقلاع ، لا يمكن بصفة عامة أن تخرج من أملاك المنفعة العامة وتلحق بالأملاك الخاصة إلا بمقتضى قانون أو أمر^(١) .

وكان هناك رأى ثالث ، وهو الرأى الذى رجح فى القضاء والفقه وأخذت به محكمة النقض ، يذهب إلى أنه يجوز انتهاء التخصيص بالطريق الفعلى فى جميع الأموال العامة ، لا فرق فى ذلك بين الأموال العامة بطبيعتها والأموال العامة حكما . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى يجب السير عليها فى هذا الشأن هى أن الحصانة التى أسبغها القانون على الأملاك العامة ، فأخرجها عن دائرة المعاملات بما قضى به من عدم جواز بيعها والتصرف فيها إلا بقانون أو أمر ، مقيدة ببقاء تلك الأملاك مخصصة للمنفعة العامة ، فإذا مازال عنها هذا التخصيص بسبب ما ، انفصلت هذه الأملاك عن الأملاك العامة ، ودخلت فى عداد الأملاك الخاصة^(٢) .

(١) استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠ ص ٣٨ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يشترط لتجريد الحصون والقلاع من صفتها العامة صدور أمر إدارى بذلك ، وذلك بخلاف الجسور والطرق ومجارى الأنهر والترع فهذه يكتفى بوث زوال تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٤١ - ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٠) .

(٢) نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ جمعة عم ٢ رقم ٣٠٤ ص ٨٦ - وقضت أيضاً بأن سور مدينة القاهرة القديم لا يعتبر الآن من المنافع العمومية ، بعد أن تهدم واندثرت معالمه وفقد ما خصص له ، ثم وضع الناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وأدخله ها فى منازلهم (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠١) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٢ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٥٩٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص ١٠٦ - استئناف وطنى ١٧ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٢٠ ص ٢٣٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥١ ص ٢٤١ - استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٦ ص ١٠٥٤ - استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٠ - ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ .

وانظر محمد كامل مرسى فى مقاله عن الأملاك الخاصة والعامة ص ٧٩٧ وما بعده - محمد زهير جبرانة ص ١٩٦ .

ولما كان هذا الرأي الثالث هو الذى غلب فى القضاء والفقه فى عهد التقنين المدنى السابق كما قدمنا ، فقد عمد التقنين المدنى الجديد . حسماً للخلاف ، إلى أن يورد نصاً صريحاً يأخذ فيه بهذا الرأي . فنصت المادة ٨٨ مدنى . كما رأينا ، على أن « ينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . فارتفع الآن كل شك فى أنه يجوز انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى . دون حاجة إلى استصدار أداة رسمية (١) .

على أن انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى يجب أن يكون واضحاً كل الوضوح . فسكوت الإدارة عن عمل يقوم به الغير فى المال العام بدون موافقتها لا يكفي لاستظهار أن التخصيص للمنفعة العامة قد زال فعلاً بهذا العمل (٢) . وبوجه خاص لا يكون إبطاء الدفن فى جبانة قديمة كافياً وحده لإزالة صفتها العامة . بل لابد من زوال معالم الجبانة (٣) .

§ ٣ - تكييف حق الدولة فى الأشياء الخاصة والأحكام التى تخضع لها هذه الأشياء

٨٦ - هو الدولة فى الأشياء الخاصة هو ملكية مدنية محضة : قدمنا (٤) أن حق الدولة فى الأشياء العامة هو حق ملكية إدارية : وبينما ما هو المقصود من ذلك . أما حق الدولة فى الأشياء الخاصة فهو حق ملكية مدنية

(١) محمد على عرفة فقرة ١٣٦ ص ١٧١ .

(٢) استئناف مخطط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨

ص ٣٢٦ - ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ .

(٣) انظر آتفا فقرة ٥٥ فى آخرها فى الهامش - وإذا جار أحد الأفراد على جزء من عرض طريق عام ، ولكن الباقى من عرض الطريق يتسع لمروور الجمهور ، لم يجوز القول بانتهاء تخصيص هذا الجزء للمنفعة العامة ، وحل ذلك على محمل التسامح من الإدارة أو الإهمال ، مادام الانتفاء بالطريق لم يتأثر تأثراً محسوساً (محمد على عرفة فقرة ١٣٦ ص ١٧٢) .

(٤) انظر آتفا فقرة ٦٦ وما بعدها .

محمضة ، وشأن الدولة في تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد في تملك المال الخاص وقد رأينا^(١) أن الدولة تملك الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة .
 وبذنبى على أن حق الدولة في الأشياء الخاصة إنما هو حق ملكية مدنية أن يكون للدولة الحق في رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيتها ، وفي رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازتها ، وأن تملك الثمار والحاصلات التي ينتجها الشيء الخاص ، شأنها في ذلك شأن أى مالك .

٨٧ - الأمم التي تخضع لها الأشياء الخاصة : وتخضع الأشياء الخاصة لنفس الأحكام التي تخضع لها الملكية المدنية ، مع شيء من التحويل اقتضته طبيعة الدولة .

فالمال المملوك للأفراد يكون عادة قابلاً للتصرف فيه ، ويجوز الحجز عليه ، ويجوز تملكه بالتقادم .

أما قابلية الشيء الخاص المملوك للدولة للتصرف فيه فليست محلاً للشك ، وللدولة أن تتصرف في الشيء كما يتصرف الفرد في ملكه الخاص . غير أن الدولة مقيدة بكثير من القوانين واللوائح التي تخضع لها في تصرفها في الأشياء الخاصة وفي استثمارها ، فلا بد إذن من مراعاة أحكام هذه القوانين واللوائح ، وسنعرض فيما يلي لبعض هذه الأحكام^(٢) . أما إذا لم يوجد قيد في قانون أو لائحة ، فقواعد القانون المدني هي التي تسرى في تصرف الدولة في الأشياء الخاصة المملوكة لها . كذلك تكون المحاكم القضائية . لا المحاكم الإدارية ، هي المختصة بنظر ما ينشأ عن تصرف الدولة في الشيء الخاص من وجوه النزاع .
 وأما قابلية الشيء الخاص للحجز عليه . فالأصل أنه يجوز لدائن الدولة الحجز على الأشياء الخاصة المملوكة لها ، وتتبع في ذلك أحكام التنفيذ في قانون المرافعات . ولكن الذي يقع فعلاً هو أن الدولة لا تمكن الأفراد من الحجز على أملاكها الخاصة ، ويمتنع قلم المحضرين عادة من إجراء هذا الحجز . ذلك أن المفروض هو أن الدولة ملزمة : غير معسرة ولا مماطلة ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٨ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٩ - ٩٢ .

وأنه متى تبين لها أن الحق في جانب الدائن أوفته حقه طوعا واختيارا ، لا قسراً وإجبارا .

بقيت قابلية الشيء الخاص لتملكه بالتقادم . وهذا ما كان مقررا إلى عهد قريب ، بل كان هذا هو أهم فرق بين الملك العام والملك الخاص ، فالأول لا يجوز تملكه بالتقادم أما الآخر فيجوز تملكه بهذا الطريق . وكثيراً ما كانت الأفراد تضع يدها على أملاك الدولة الخاصة ، وتنقض المدة اللازمة للتملك بالتقادم ، فيتملكها واضع اليد . وقد رأت الحكومة أخيراً أن في ذلك خطراً على أملاكها الخاصة ، فهي مشتتة في أنحاء البلاد ، ولا تستطيع في كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد في الوقت المناسب . لذلك انخرفت عن هذه القاعدة الهامة ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم . وهذا ما ننقل الآن إليه .

٨٨ — عدم جواز تملك الأشياء الخاصة المملوكة للدولة بالتقادم :
صدر في هذا الشأن القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يعدل من المادة ٩٧٠ مدني . وكانت المادة ٩٧٠ مدني قبل هذا التعديل تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم . إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

فعدل هذا النص ، بموجب القانون سالف الذكر ، على الوجه الآتي :
« في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية : أو كسب أي حق عيني عليها . بالتقادم^(١) » .

ويلاحظ أن أملاك الدولة الخاصة ، التي تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ هذا التعديل ، تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم ، إذ ليس للتعديل أثر رجعي . أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة في حيازة أحد الأفراد ، ولم يكن

(١) وقيل تبريراً لهذا التعديل بأن الشارع أراد بهذا الحكم الجديد أن يحمي هذه الأموال حتى تكون في مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما أحكمت الرقابة والإشراف عليها فإن ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق (المذكرة التفسيرية لقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) .

قد مضى على حيازته له وقت نفاذ التعديل خمس عشرة سنة كاملة ، فإن واضح اليد لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ التعديل مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للمال .

وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو إذا كان مدعيا أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . ومنى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم . وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، شأن المال الخاص في ذلك شأن المال العام .

وقد صدر بعد قانون سنة ١٩٥٧ القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بجرى تعديلا آخر في نص المادة ٩٧٠ مدني . فصار النص ، بعد هذا التعديل الأخير ، يجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية . أو كسب أى حق عيني عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى لأموال الحكومة الخاصة ، كسبتها بهذا التعديل الأخير . فالأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية ، إلا لإزالة الاعتداء على الملك العام . أما الملك الخاص ، إذا اعتدى أحد عليه ، فإنه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء بنفسها أى بالطرق الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء . فالآن بعد التعديل الأخير ، أصبح للحكومة إزالة الاعتداء على الملك الخاص بالطرق الإدارية ، دون الالتجاء إلى القضاء . فإذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هي من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها ، والحائز هو الذي يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده إذا رأى وجها لذلك .

٨٩ - التشريعات المنظمة لإدارة الحكومة لأموالها الخاصة والتصرف

فيها - قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : وقد صدرت تشريعات كثيرة متفرقة تنظم إدارة الحكومة لأموالها الخاصة ، والتصرف في هذه الأملاك . وصدر أخيراً قانون شامل في هذا الموضوع ، هو القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها . واستعرضت المذكورة الإيضاحية لهذا القانون التشريعات المختلفة السابقة ، ثم عثبت على ذلك بما يأتي : « ويبين من استعراض التشريعات المتقدمة أنها على تعددها قد صدرت متفرقة في فترات زمنية متباعدة ، ولذلك فرغم وحدة الموضوع الذي تعالجه ، وهو إدارة العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها ، فإنها لم تصدر عن فكرة قانونية عامة مشتركة تؤلف بين أحكامها وتوأم بينها ، ولم يجمعها إطار قانوني واحد يحقق توافقها واتساقها . كما أن هذه التشريعات ، مع تشتتها وكثرتها ، قد صدر معظمها منذ عهد بعيد يمتد إلى مطلع القرن الحالي . وتوالى إدخال التعديلات المتلاحقة على كل تشريع منها على استقلال عن التشريعات الأخرى ، الأمر الذي ضاعف من تنائها وأوهن من ترابطها وزاد من عمق التنافر وعدم الاتساق بين أحكامها . ولذلك فإنه من الناحية الفنية لا يكفي مجرد إدخال التعديلات الحزئية على كل من التشريعات المشار إليها بل يتعين تجميع أحكامها في مجموعة قانونية واحدة تضم القواعد العامة المشتركة المنظمة لإدارة واستغلال العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها ، كما تتضمن ما تقتضيه المصلحة العامة إقراره من نصوص وأحكام خاصة لبعض أنواع تلك الأراضي » .

وقد صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لتحقيق هذه الأغراض المبينة في المذكورة الإيضاحية . وبدأ هذا القانون باستبعاد أنواع من الأراضي من نطاق تطبيقه ، إذ هي تخضع لنظم خاصة . وهذه هي : (١) العقارات المستولى عليها تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي والمعدة لتوزيعها على صغار الفلاحين ، فيبقى قانون الإصلاح الزراعي مطبقاً في هذا المجال . (٢) العقارات التي تشرف عليها وزارة الإسكان والمرافق ، والعقارات المبنية والأراضي المخصصة لبناء قنصليتها بلجيات إدارية معينة وفقاً لقانون الشركات الشاغرة رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ ،

(٣) المبانى الاستغلالية والأراضي النضاء والأراضي الزراعية التى تقع داخل نطاق المدن ، والتى تتولى المجالس المحلية إدارتها واستغلالها والتصرف فيها .
(٤) العقارات التى تديرها أو تشرف عليها الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة ، وتقوم باستغلالها وفقاً لأحكام التشريعات المنظمة لشؤونها ، أو التى تدخل فى ملكية أى منها .

وفما عدا هذه العقارات ، فإن العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . وقد بين هذا القانون القواعد الواجب اتباعها فى تأجير هذه العقارات وفى التصرف فيها . بعد أن قدمها إلى أراض زراعية ، وأراض بور وأراض صحراوية . وأراض فضاء وعقارات مبنية . ثم أورد طائفة من الأحكام العامة التى تسرى على هذه الأراضى جميعاً . وبين بعد ذلك أثر الأحكام الواردة فيه بالنسبة إلى الوقائع التى سبقت صدوره^(١) . فنستعرض فى إيجاز هذه المسائل تباعاً .

٩٠ - القواعد الواجب اتباعها فى تأجير العقارات المملوكة للدولة

ملكية خاصة وفى التصرف فيها : استعرض القانون كما قدمنا أقساماً ثلاثة من العقارات : (١) الأراضي الزراعية . وهى الأراضي الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين وتكون مزروعة بالفعل . (٢) الأراضي البور والأراضى الصحراوية . والأراضى البور هى الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى غير المزروعة المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين . أما الأراضي الصحراوية فهى الأراضي الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلومترين المشار إليهما ،

(١) وقد اشتمل المقتضى فيما احتل عليه الأحكام الخاصة بطرح النهر وأكله ، ولأنك أننى فى المادة ٨٦ من القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ وهى تشريعات سابقة كانت تنظم هذا الموضوع . ولما كان طرح النهر وأكله متصلاً بموضوع أهم هو موضوع الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، لذلك نرجىء الكلام فيه حتى نبحث الالتصاق فى الجزء التاسع من الوسيط .

وقد نصت المادة ٨٨ من القانون على أن « يصدر وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضي اللائحة التنفيذية والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون » . وقد صدرت فعلاً لائحة تنفيذية مفصلة فى السنة التالية لصدور القانون .

سواء كانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبانٍ أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة^(١). (٣) الأراضي الفضاء والعقارات المبنية ، وهي التي تدخل في ملكية الدولة الخاصة فيما عدا ما استبعد من نطاق تطبيق القانون على النحو السالف بيانه .

١ - الأراضي الزراعية : تؤجر هذه الأراضي إلى صغار الفلاحين

الذين تتوافر فيهم شروط معينة ، في حدود خمسة أفدنة لكل منهم . وتؤجر في حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها ، ويجوز أن تؤجر لمدة تقل عن ثلاث سنوات إذا استلزمت ذلك إجراءات التوزيع . ويلحق بها الأراضي البور التي تستصلح وتزرع خفية والأراضي الزراعية التي تزرع خفية ، فهذه وتلك تحصر سنويا على زارعها ، ثم تؤجر في السنة الزراعية التالية إلى صغار الفلاحين وفقا للأحكام المتقدم ذكرها ، على أن تكون الأولوية في التأجير لمن قام باستصلاحها إذا توافرت فيه الشروط .

وفيما يتعلق بالتصرف في الأراضي الزراعية ، تؤول هزم الأراضي إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي للتصرف فيها بتوزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعي . واستثناء من هذا الحكم يجوز التصرف في هذه الأراضي ، في حدود خمسة أفدنة لكل مشر ، وذلك ببيعها بطريق الممارسة إلى : (١) الشركاء على الشيوع في الأرض محل البيع . (٢) الملاك المهاجرين ، مع تفضيل من يكون قد نزلت ملكيته كلها أو بعضها للمنفعة العامة . (٣) أصحاب حقوق الارتفاق على الأرض محل البيع . (٤) واضعي اليد على الأراضي المتخلفة عن المنفعة العامة . (٥) مالك الأرض التي نزلت ملكيتها لمنفعة عامة ، إذا عدل عن تخصيصها لذلك خلال خمس سنوات من تاريخ نزع الملكية . (٦) مالك الأرض التي رسا مزاد شرائها على الحكومة لقاء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون : « والمقصود بعبارة الأراضي الواقعة داخل الزمام .. الأراضي التي تمت مساحتها مساحة تفصيلية ، وحصرت في سجلات مصلحة المساحة وفي سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ، والتي تخضع تبعا لذلك للضريبة العقارية على الأطنان . أما عبارة الأراضي الواقعة خارج الزمام فتشمل الأراضي التي لم تسج مساحة تفصيلية ، ولم يتم حصرها لا في سجلات مصلحة المساحة ولا في سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ، والتي لا تخضع للضريبة العقارية على الأطنان » .

مطلوباتها ، إذا طلب المالك المزروعة ملكيته شراءها هو أو ورثته خلال خمس سنوات من تاريخ رسو المزاد . (٧) واضعى اليد على المساحات الصغيرة من الأراضي المتناثرة التي لا يمكن توزيعها مجمعة ولا اتباع دورة زراعة منتظمة بها ، وذلك في الحالات التي تحددها اللائحة التنفيذية - وتحدد اللائحة التنفيذية مراتب الأولوية في الشراء في الحالات المتقدمة ، والشروط الواجب توافرها في المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضي المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى .

٢ - الأراضي البور والأراضي الصحراوية : وأول ما عرض له

القانون في شأن هذه الأراضي هو وضع قواعد التصرف فيها لاستصلاحها . فجعل لوزير الإصلاح الزراعي أن يحدد بقرار منه المناطق التي يجوز أن تباع فيها هذه الأراضي لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه . وفي دائرة هذه المناطق يجوز لوزير الإصلاح الزراعي أن يرخص في البيع ممارسة لمساحات من الأراضي البور في حدود عشرين فدانا ، أو الأراضي الصحراوية غير المزروعة في حدود خمسين فدانا ، لمن يتعهد باستصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها في خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضي البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضي الصحراوية . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة وتقدير الثمن وشروط أدائه ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى . وإذا لم يقم المشتري باستصلاح الأرض في خلال المدة المحددة ، اعتبر البيع مفسوخا من تلقاء ذاته ، وألزم المشتري الذي انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة ويستنزل منها ما سبق أن أداه من ثمن وفوائد . أما إذا تم الاستصلاح وثبتت ملكية المشتري ، فإنه لا يجوز له التصرف فيما استصلح من أرض إلا إلى صغار الزراع بشروط معينة . واستثناء مما تقدم ، يجوز لوزير الإصلاح الزراعي أن يرخص في بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضي البور أو الخمسين فدانا من الأراضي الصحراوية إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، بشرط أن يتم استصلاح هذه الأراضي خلال عشر سنوات . ومنى تم استصلاح الأراضي ، لم يجز للشخص الاعتباري أن يتصرف فيها إلا لصغار الزراع بشروط معينة .

ولم ينظم القانون تأجير الأراضي البور . وعلّة ذلك - كما تقول المذكرة الإيضاحية - أن الأراضي البور قد عهد باستصلاح جانب كبير منها إلى الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة المتخصصة في أعمال استصلاح الأراضي وتعميرها . وبعد إتمام استصلاح الأشخاص الاعتبارية لتلك الأراضي وتعميرها وزراعتها ، تكون طبيعة الأراضي المذكورة قد تغيرت من أرض بور إلى أرض توصف بأنها زراعية ، وتسرى عليها تبعاً لذلك الأحكام المنصوص عليها في القانون المرافق والخاصة بالأراضي الزراعية .

ولكن القانون نظم تأجير الأراضي الصحراوية ، وكذلك التصرف في الأراضي الصحراوية المستصلحة .

فيجوز أن تؤجر الأراضي الصحراوية إلى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم شروط معينة في حدود عشرة أفدنة لكل منهم . وتكون الأولوية في التأجير لمن كان يضع العين على الأرض المؤجرة ويزرعها فعلاً ، ثم لمن هو أكثر عائلة وأقل مالا من أهل المنطقة الأقرب إلى موقع الأرض المؤجرة ، ثم لغير هؤلاء وفقاً لمراتب الأولوية التي تحددها اللائحة التنفيذية . وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد التي تتبع في تقدير القيمة الإيجارية للأراضي الصحراوية ومدة الإيجار وسائر شروطه ، ولا يجوز أن تؤجر الأرض لمدة تزيد على تسع سنوات . على أنه يجوز لوزير الإصلاح الزراعي . بعد أخذ رأي وزير الحربية ، أن يحدد مناطق صحراوية معينة لا يسرى عليها قيد مدة تسع السنوات ، وكذا مناطق صحراوية معينة يحظر فيها التأجير على إطلاقه .

أما التصرف في الأراضي الصحراوية التي يتم استصلاحها وتعميرها وزراعتها بواسطة الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة التي يعهد إليها بذلك ، وفقاً لبرامج التنمية ومخططاتها ، فيكون بتوزيعها على صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية الذين تتوافر فيهم شروط معينة . بحيث يخصص كل منهم ملكية جديدة لا تقل عن أربعة أفدنة ونصف ولا تزيد على مبعة أفدنة ونصف تبعاً لحدودة الأرض والحالة الاجتماعية للمتفع . وتكون الأولوية في التوزيع على الوجه الآتي : أولاً - لمن أضير في مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين في منطقتها . ثانياً - ما يتبقى من الأراضي المستصلحة بعد ذلك يخصص نصفه على أهل المناطق المزدهرة بالسكان التي يصدر بتحديدتها قرار

من وزير الإصلاح الزراعى . وذلك وفقا للترتيب الآتى : (ا) خريجي المعاهد الزراعية وعمال التراحيل الذين عملوا بصفة دائمة فى امتصلاص الأرض . (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع . (ج) من يقبل الهجرة إلى منطقة الامتصلاص من أهالى المناطق المزدحمة المشار إليها . ثالثا - النصف الثانى من باقى الأرض المستصلحة يوزع على الترتيب الآتى : (ا) خريجي المعاهد الزراعية والعمال الزراعيين الذين عملوا فى امتصلاص الأراضى المورعة بصفة دائمة من أهل المنطقة محل التوزيع أو من أهل المناطق الأخرى غير المزدحمة . (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع من أهل المناطق غير المزدحمة . (ج) أهل المنطقة الواقعة بها الأرض محل التوزيع والمناطق المجاورة لها - ونحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقدير ثمن الأراضى المستصلحة التى يتم التصرف فيها بطريق التوزيع ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع الأخرى . ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأي وزير الإصلاح الزراعى ، أن يحدد بقرار منه المناطق التى يحظر فيها التملك لأغراض عسكرية ، وله أيضاً اتخاذ إجراءات نزع ملكية الأراضى الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا إذا اقتضت ذلك دواعى المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومى الخارجى أو الداخلى . ويجوز عند الضرورة ، بقرار من وزير الإصلاح الزراعى ، تجنب أصحاب الملكيات التى تتخلل مناطق الامتصلاص فى مكان واحد ، وتعويضهم عنها عينا بأراض أخرى مما يتم امتصلاصه ، أو تعويضهم نقداً طبقاً لأحكام قانون نزع الملكية للمنفعة العامة (١) .

(١) وقد نص القانون على تشكيل لجان قضائية تختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتأجير الأراضى الصحراوية والتصرف فيها وبيعها منازعات أخرى . وتشكل هذه اللجان بقرار من وزير الإصلاح الزراعى ، برئاسة رئيس محكمة ابتدائية على الأقل وعضوية قاض يختارها وزير العدل ونائب من مجلس الدولة يختاره المجلس . ونختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتأجير الأراضى الصحراوية وتوزيعها والتصرف فيها ببيعتها ، وفى الاعتراضات التى ترفع فى شأن نزع الملكية والاستيلاء الموقت عدا ما يتعلق منها بتقدير التعويض ، وفى المنازعات المتعلقة بالملكية وبال حقوق المينة السابقة على تاريخ العمل بقانون تملك الأراضى الصحراوية . وتكون القرارات الصادرة من اللجان نهائية وغير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من اللجنة العليا الموكول إليها تفسير نصوص القانون تفسيراً تشريعياً (وصيأتها بيانها فيما يلى انظر فقرة ٩٢ فى الهامش) ، وتنفذ القرارات بالطريق الإدارى .

٣ - الأراضي الفضاء والعقارات المبنية : فيما يتعلق بتأجير الأراضي

الفضاء ، تؤجر هذه الأراضي إذا كانت مشغولة بمنشآت غير ثابتة ، إلى شاغلها لمدة لا تزيد على عشر سنوات بشرط ألا يقيموا عليها أية منشآت ثابتة ، ويجوز تجديد العقد لمدة أو مدد أخرى مماثلة بقرار من وزير الإصلاح الزراعي . كما يجوز بقرار من الوزير التأجير لمدة تزيد على عشر سنوات ولا تجوز ثلاثين سنة ، إذا كان الغرض من التأجير هو إقامة منشآت ثابتة على الأرض المؤجرة ، بشرط أن يقبل المستأجر وصاحب المنشآت أيلولة الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الدولة في نهاية مدة التعاقد دون مقابل . وفيما يتعلق بتأجير العقارات المبنية ، يكون تأجيرها بالأجرة المقررة طبقاً لأحكام القوانين السارية .

وفيما يتعلق بالتصرف ، يجوز التصرف في الأراضي المبنية أو المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة إلى شاغلها ، وذلك بطريق الممارسة وفقاً للقواعد والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

بقيت الأراضي الفضاء غير المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة ، فهذه يكون تأجيرها والتصرف فيها بطريق الممارسة أو المزايدة العلنية ، وفقاً للقواعد والإجراءات والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

٩١ - أملازم عامة تسرى على جميع الأراضي : وبعد أن بين القانون القواعد الواجبة الاتباع في تأجير الأراضي بمختلف أنواعها وفي التصرف فيها على النحو سالف الذكر ، انتقل إلى تقرير أحكام عامة تسرى على جميع الأراضي نذكر منها ما يأتي :

١ - لا يجوز لأي شخص أن يضع يده على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة ، ولا أن يحوزها بأية صفة كانت ، إلا وفقاً لأحكام القانون ، وقد تقدم أنه لا يجوز أيضاً تملكها بالتقادم . وكل تصرف أو تقرير لأي حق حيني أو تأجير يتم بالمخالفة لأحكام القانون يقع باطلاً ولا يجوز شهره ، ويجوز لكل ذي شأن طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

٢ - ما يستحق للدولة من ثمن أو أجرة عن العقارات الداخلة في ملكيتها

لخاصة له امتياز عام على أموال المدين في مرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة وسابقة على أي امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم ، وللدولة أن تحصل هذه المبالغ بطريق الحجز الإداري . ولا يجوز لمن تؤول إليه ملكية أحد هذه العقارات أن يتصرف فيه إلا بعد أداء ثمنه كاملاً ، وإلا كان المتصرف باطلاً ولا يجوز شهره .

٣ - إذا تخلف المتصرف إليه عن الوفاء بأحد التزاماته ، ولم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف ، حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل برئاسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائب بمجلس الدولة وأحد مديري الإدارات بالهيئة العامة للإصلاح الزراعي أو المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحاري بحسب الأحوال . وللجنة ، بعد سماع أقوال صاحب الشأن ، أن تصدر قراراً بإلغاء التوزيع أو فسخ البيع . ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار إلى وزير الإصلاح الزراعي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه إليه . ولا يكون قرار اللجنة نهائياً إلا بعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم ، وينفذ القرار بالطريق الإداري . ويترتب على إلغاء التوزيع أو الفسخ اعتبار المتصرف إليه مستأجراً للعقار من تاريخ تسليمه إليه ، وتستحق عليه أجرته حتى تاريخ تسلمه منه ، ويستنزى من قيمة هذه الأجرة ما أداه المتصرف إليه قبل إلغاء التوزيع أو الفسخ من ثمن وفوائد وكذلك ما يستحق له من تعويض عن الغراس والمنشآت التي يكون قد أقامها في العقار على نفقته .

٤ - يجوز لوزير الإصلاح الزراعي أن يرخص في تأجير بعض العقارات أو في التصرف فيها دون التقيد بأحكام القانون ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تفيد في تنمية الاقتصاد القومي ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عام عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع في هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

٥ - يجوز لوزير الإصلاح الزراعي عند الضرورة القصوى أن يقرر تجميع الأراضي الداخلة في ملكية الدولة الخاصة قبل التصرف فيها ، مع تعويض الغير من أصحاب الأراضي التي تتخللها أو تتداخل فيها على وجه يقلل من

إنتاجها أو من تمام الانتفاع بها ، إما حيناً أو نقداً حسب اختيار صاحب الشأن .
فلذا لم يبد صاحب الشأن خياره ، كان التعويض حيناً ، وتحدد اللائحة التنفيذية
إجراءات التجنيب ، وقواعد التعويض العيني والنقدي ، وشروطه .

٦ - وأخيراً تنص المادة ٦٩ من القانون على أنه : مع حدم الإخلال بأبنة
عقوبة أشد ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين.
العقوبتين كل من يدلى ببيانات غير صحيحة يترتب عليها انتفاع أو انتفاع
غيره دون وجه حق بأحكام هذا القانون ، سواء كان ذلك باقتضاء تعويض
لا يستحقه أو باستئجار أو تملك العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون ،
وذلك فضلاً عن رد ما قبضه بغير حق وبطلان التصرف ومصادرة المبالغ
التي يكون المخالف قد أداها إلى الحكومة - ويعنى من العقاب كل من بادر مز
تلقاء نفسه بإبلاغ الجهة الإدارية المختصة بأمر البيانات غير الصحيحة التي يكون
قد أدلى بها أو اشترك في الإدلاء بها على النحو المشار إليه في الفقرة السابقة .

٩٢ - أثر أعظم قانونه سنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى الوقائع التي سبقت

صدوره : وقد انتهى القانون في الباب السادس منه إلى أحكام انتقالية وختامية
عرض فيها لوقائع سبقت صدوره وبين أثر أحكامه في هذه الوقائع . نذكر
من ذلك :

- ١ - عقود إيجار العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة ، والتي كانت
صارية في تاريخ العمل بالقانون ، تلتفى فيما يخالف أحكامه .
- ٢ - جميع التصرفات التي تمت قبل العمل بالقانون على عقارات كانت
داخلة في ملكية الدولة الخاصة تبقى نافذة ، بذات الشروط والأحكام السارية.
وقت إقرارها . ويجوز للمجلس التنفيذي (مجلس الوزراء) تعديل هذه
الشروط والأحكام أو إلغاؤها أو إضافة أحكام جديدة إليها ، إذا كان ذلك
بقصد التيسير على المتصرف إليهم من صغار الفلاحين أو من خريجي المعاهد
الزراعية .

٣ - يمنع كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً محرووبة من الحكومة بقصد
استصلاحها ، قبل العمل بالقانون ، مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضي المبيعة
إليه وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من

تاريخ العمل بالقانون أى المدين أطول . فلماذا لم يقيم الميثري باستصلاح الأرض المبيعة إليه وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخا من تلقاؤه ، دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي .

٤ - يعتد بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة في إحدى المناطق المتبعة خارج الزمام في تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضي الصحراوية (رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨) ، والمستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد . كما يعتد أيضاً بالقرارات النهائية الصادرة وفقاً لأحكام قانون تنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، والتي تضمنت تقرير التملك لبعض الأشخاص بالنسبة إلى ما كانوا يحوزونه من عقارات . ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضي في تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية المقررة قانوناً . ولايسرى هذا الحكم على الأراضي التي تزرع جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط . فإذا كانت تلك الأراضي تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضي عنها بمساحات مماثلة لها في مناطق الآبار الجديدة التي تنشأ الدولة . (ب) كل من أتم قبل العمل بقانون تنظيم تملك الأراضي الصحراوية إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المتنامية التي تلحق به وتعد مرفقاً له ، بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائماً حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

٥ - العقارات التي تم التصرف فيها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وكانت داخلة في ملكية الدولة الخاصة ، ولم يتم الوفاء بكامل ثمنها وملحقاته حتى ذلك التاريخ ، وتغير وضع اليد الفعلي عليها نتيجة تصرفات تالية ، يجوز لوزير الإصلاح الزراعي أن يرخص في اتخاذ إجراءات نقل

ملكيتها إلى الحائزين الحاليين ، وتجزئة الديون المستحقة للحكومة من باقى الثمن وملحقاته بالنسبة إلى كل منهم بحسب مساحة العقار الذى يضع يده عليه . ويجوز التنظيم من القرارات الإدارية الصادرة فى شأن تحقيق الملكية ووضع اليد وتجزئة ديون الحكومة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذه القرارات . وتختص بالفصل فى التنظيم اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى ، ويكون قرارها فى هذا الشأن نهائيا . وتبين اللائحة التنفيذية الإجراءات التى تتبع فى تحقيق الملكية ووضع اليد وفى تجزئة ديون الحكومة وفى النشر عن القرارات الإدارية الصادرة فى هذا الشأن وتحديد الأنموذج الذى يتم بموجبه نقل الملكية وتجزئة ديون الحكومة بالنسبة إلى كل من الحائزين المذكورين^(١)

الفصل الثانى

الحقوق التى ترد على الأشياء المادية

(أو الأموال)

٩٣ - الأموال والنزعة المالية : قدما أن الحقوق التى ترد على الأشياء المادية هى الأموال ، تميزاً للمال عن الشيء . ومجموع هذه الأموال^(٢) هى النزعة المالية .

فنبحث إذن : (١) الأموال وتقسيمها إلى حقوق عينية وحقوق شخصية (٢) النزعة المالية وما يتصل بها من الحلول العينية .

(١) وانتهى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتأليف لجنة عليا لتفسير نصوصه تفسيراً تشريعياً ، فنصت المادة ٨٧ من على أن « تشكل لجنة عليا برئاسة وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورؤساء مجالس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى والمؤسسة المصرية العامة لتمير الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لاستصلاح الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى ورئيس إدارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس الدولة ووكيل وزارى الخزانة والحرية . ويكون لهذه اللجنة تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وتُنشر فى الجريدة الرسمية » .

(٢) ويدخل فى ذلك الديون ، كما تدخل الحقوق المالية التى ترد على الأشياء غير المادية وسنبحثها فى الباب الذى يليه .

الفرع الأول

الأموال وتقسيمها الى حقوق عينية وحقوق شخصية

٩٤ - تقسيم المال إلى حق عيني وحق شخصي : المال ، وهو الحق الذي يرد على الشيء المادي ، ينقسم انقساماً أساسياً إلى حق عيني (droit réel) وحق شخصي (droit personnel) (١).

فتتکلم أولاً في الحق العيني والحق الشخصي وكيف يتميز أحدهما عن الآخر ، وكيف يمتد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول من الأشياء إلى الأموال أي إلى الحقوق العينية والحقوق الشخصية .

ثم نقتصر على الحق العيني وحده . فهو محل البحث في الأجزاء الثلاثة الباقية من الوسيط كما كان الحق الشخصي هو محل البحث في الأجزاء السبعة الأولى . ونستعرض خصائص الحق العيني ، ثم نبين أن الحقوق العينية خلافاً للحقوق الشخصية المذكورة على سبيل الحصر فنذكر مفرداتها .

(١) وقد ورد في التقنين المدني العراقي سلسلة من النصوص في هذا الموضوع ، نوردتها فيما يلي :

م ٦٥ : المال هو كل حق له قيمة مادية .

م ٦٦ : الحقوق المالية تكون إما عينية وإما شخصية .

م ٦٧ : ١ - الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين ، يعطيها القانون لشخص معين .

٢ - وهو إما أصل أو تبعي .

م ٦٨ : ١ - الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق المقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة .

٢ - والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأمين وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز .

م ٦٩ : ١ - الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين ، يطالب بمقتضاه الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل .

٢ - ويعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلها ، نقداً أو مثليات أو قيميات . ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين .

٣ - ويزدى التعبير بلفظ « الالتزام » وبنلفظ « الدين » نفس المعنى الذي يورديه التعبير بلفظ « الحق الشخصي » .

المبحث الأول

بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي
وتقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار ومنقول

المطلب الأول

بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي

٩٥ - تعريف كل من الحق العيني والحق الشخصي - إمانة إلى

ما تقدم في نظرية الالتزام : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) ، عند الكلام في النظرية العامة للالتزام ، أن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين ، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية . أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية (juris vinculum) ، ما بين شخصين دائن ومدين ، يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمله .

وقد عرف القانون الروماني الفرق ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، ولكنه كمادته كان يركز على الدعوى لا على الحق . ففي الدعوى العينية (actio in rem) ، كانت صيغة الدعوى (formule) لا تتضمن تعيين المدعى عليه ، وتقتصر على تعيين صاحب الحق والشيء محل الحق . وفي الدعوى الشخصية (actio in personam) ، كانت صيغة الدعوى تتضمن تعيين المدعى عليه أي المدين ، لأنه هو الشخص الذي يرتبط بالدائن وبوساطته يقتضي الدائن حقه . ولكن القانون الروماني لم يصل إلى تعريف مجرد للحق العيني ، بل إن الاسم نفسه لم يكن مألوفاً فيه ، ولم يظهر إلا أخيراً عند المحشين (glossateurs) . وهذا بخلاف الحق الشخصي أي الالتزام ، فله تعريف تقليدي مألوف في القانون الروماني (٢) .

(١) فقرة ٢ وما بعدها .

(٢) وهذا هو : Obligatio est juris vinculum que necessitate adstringimur : alcujae solvendae rei, secundum nostrae civitatis jure.

أما في العصور الوسطى ، فقد برزت الحقوق العبدية ، وبخاصة الحقوق العبدية الإقطاعية (léodaux) ، وتعددت ، في حين أن الحق الشخصي أخذ في الانزواء والضمور . بل نزلت من الحقوق الشخصية بعض حقوق اقتربت من الحقوق العبدية وسميت « jus ad rem » ، وهي الحقوق الشخصية التي تلزم المدين بنقل حق عيني إلى الدائن^(١) .

٩٦ - محاولة هدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي : وقد قدمنا^(٢) أن التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي هو الأمان الذي تقوم عليه تقسيمات القانون المدني فيما يتعلق بالأموال . وقد وقعت محاولات لهدم هذا التمييز ، إما بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، أو بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني .

٩٧ - محاولة هدم التمييز بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي : وعلى رأس من قال بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي برز پلانيول^(٣) ، فهو يقول إن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص ، ولا يمكن أن يقال إن الحق العيني هو رابطة ما بين الشخص والشئ ، لأن الشئ إنما يكون محلاً للحق لا طرفاً فيه ، والرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . فالحق العيني إذن هو ، كالحق الشخصي ، رابطة ما بين شخص وشخص . والحق العيني يتفق أيضاً مع الحق الشخصي في أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : محل الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلاً محله الشئ المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة فيما عدا الدائن إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتأثلان من حيث الطبيعة والعناصر ، وإنما يختلفان في شئ غير جوهري ، كما يقول پلانيول ، هو جانب المدين . ففي الحق العيني يكون المدين دائماً هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق

(١) انظر Brissaud ص ٢٣٨ وص ٢٤١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢ - فقرة ٤ .

(٣) پلانيول جزء أول سنة ١٨٩٦ فقرة ٢١٥٨ - وغالي ديموج ، بعد پلانيول ، في تقريب الحق العيني من الحق الشخصي إلى حد التسوية بينهما (ديموج في الأفكار الأساسية في القانون الخاص ص ٤٠٥ - ص ٤٤٣) .

العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .
والذي نستقيه مما قاله پلانيول أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشيء ، فالرابطة لا تقوم كما يقول پلانيول إلا بين الشخص والشخص . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه « رابطة لشخص على شيء » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص و شيء » . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين ، فليس هذا هو الذي يختلف فيه الحق العيني عن الحق الشخصي كما ذهب پلانيول ، إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلزم الناس كافة باحترامه (١) . فإذا أخل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرص المدين مثلاً على أن يتمتع عن القيام بما تعهد به ، كان مستولاً ووجب عليه التعويض . والذي يخالف فيه الحق الشخصي الحق العيني أن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً هو الذي يميزه عنه ، وذلك هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين أو مدينون معينون هم الذين يباشرون الدائن ملطته على الشيء محل الحق بوساطتهم ، ولا وجود ل هؤلاء في الحق العيني . وهذا فرق جوهري ما بين الحقين ترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها . وإذا تعين شخص بالذات يكون قد اعتدى على الحق العيني : فإن هذا الشخص يكون مستولاً لا بموجب الحق العيني ذاته ، بل بموجب التزام شخصي تولد عن الخطأ الذي ارتكبه ، ويكون إذن طرفاً لا في الحق العيني الموجود من قبل ، بل في الحق الشخصي الذي تولد عن الخطأ (٢) .

على أن احترام الناس كافة للحق العيني إنما يكون بعد استكمال هذا الحق لجميع عناصره ، وقيامه حقاً كاملاً مستوفياً لجميع مقوماته . فهذا الاحترام إذن ليس عنصراً من عناصر الحق العيني ، إذ هو لا يوجد كما قدمنا إلا بعد

(١) واحترام الناس للحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، ليس معناه أن هناك التزاماً يقع على عاتق كل منهم بحيث يصح أن يكون هذا الالتزام ديناً في الذمة يحسب بين عناصرها السلبية (كاربونييه ص ٤٠) .

(٢) انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ١٣ ص ٢٢ - ص ٢٣ - وقارن پلانيول .
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨ ص ٤٣ - محمد علي غرفة فقرة ٦ ص ١٤ .

استيفاء الحق العيني لجميع عناصره . فلا يوجد إذن مدين بالحق العيني هو عنصر من عناصر هذا الحق كما يوجد مدين في الحق الشخصي هو أحد عناصره ، والحق العيني يتكون وتتكامل عناصره بوجود صاحب الحق والشيء محل الحق وحدهما ، وعندئذ يجب على الناس كافة احترام هذا الحق الذي تكاملت عناصره . أما الحق الشخصي فلا يتكون ولا تتكامل عناصره بوجود صاحب الحق والشيء محل الحق وحدهما ، بل لابد من عنصر ثالث ينضاف إليهما هو المدين بالحق الشخصي . فإذا وجد المدين إلى جانب صاحب الحق (الدائن) والشيء محل الحق ، فقد تكاملت عناصر الحق الشخصي ، ووجب هنا أيضاً ، كما في الحق العيني ، على الناس كافة احترام هذا الحق ، دون أن يكون هذا الاحترام داخلاً في تكوين الحق الشخصي إذ هو لم يوجد إلا بعد أن تكون الحق (١) .

٩٨ - محاولة هدم التمييز بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني :

وقد حاول فريق آخر هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، عن طريق تقريب الحق الشخصي من الحق العيني ، وعلى رأس هذا الفريق سالي (Saleilles) ولامبر (Lambert) . ويتلخص رأيهما ، كما قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) ، في أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية يتصرف فيه صاحبه ، فيدفعه ويهبه ويرهنه ويجري فيه سائر التصرفات . فالحق الشخصي يجب النظر إليه ، لا باعتبار أنه رابطة بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالي ، فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن شخص المدين . وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني ، وهذا هو المذهب المادي للالتزام (٣) .

وليس ينكر على المذهب المادي للالتزام انتشاره ومسايرته للتطور القانوني الحديث . فهو الذي يسر التسليم بحالة الدين على غرار حوالة الحق ، إذ لا

(١) قرب من هذا المعنى كاربونييه ص ٤٠ - أحمد حننت أبو ستيت (نقلاً عن مذكرات عبد المعطي خيال غير المطبوعة فقرة ٥) في نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ ص ١٠ هامش ١ .

(٢) فقرة ٤ .

(٣) انظر أيضاً في هذا المعنى Jaller في فكرة استمرار الشخصية رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ -

Oazin في فكرة الذمة المالية في النظرية التقليدية رسالة من ديجون سنة ١٩٦١ - Gaudemet

في حوالة الدين خلف خاص رسالة من ديجون سنة ١٩٢٨ .

كانت العبرة في الحق الشخصي هي بقيمته المادية لا بالمدين والدائن ، أمكن تصور أن تنتقل هذه القيمة المادية من مدين إلى مدين في حوالة الدين ، كما انتقلت من دائن إلى دائن في حوالة الحق . وأمكن كذلك ، بفضل المذهب المادى ، أن نتصور التزاما يقع عبثاً في مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، كما في الوعد بجائزة لغير دائن معين وكالسند لحامله وكالاشتراط لمصلحة شخص غير معين .

ولكننا مع ذلك لا نرى المذهب المادى يترتب عليه حتما هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي . فمن الممكن — كما قلنا في الجزء الأول من الوسيط — أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق العيني . ولكن ذلك لا يبنى أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقين ، حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما . فالدائن في الحق العيني يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين^(١) .

٩٩ — بقاء التمييز قائماً ما بين الحق العيني والحق الشخصي :

وبالرغم من المحاولات المتقدمة ، محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ومحاولة تقريب الحق الشخصي من الحق العيني ، فإن التمييز ما بين الحقين يبق قائماً قياماً لا شبهة فيه ، وبقى هو المحور الذى تدور عليه تقسيمات القانون المدني فى الأموال . فالقانون المدني لا يزال يقسم الأموال إلى حقوق عينية وحقوق شخصية ، ويميز تمييزاً دقيقاً بين هذه وتلك ، ويعقد فصولاً للأولى تنفصل تماماً عن الفصول التى يعقدها للآخرى . وهكذا فعلت كل التقنينات المدنية القديمة والحديثة ، وهكذا فعل التقنين المدنى المصرى السابق والجديد .

فصاحب الحق العيني يصل مباشرة إلى الشيء محل الحق ، ويستعمل منه فوائده دون وساطة أحد ، إذ هو ليس فى حاجة إلى هذه الوساطة . صاحب الحق الشخصي فلا يصل مباشرة إلى الشيء محل الحق ، وإنما يصل

(١) الوسيط ١ سورة ٤ - وانظر كاربونيه ص ٤٠ - ص ٤١ .

إليه بطريق غير مباشر وبوساطة المدين . ولا يستطيع أن يستعمل حقه على الشيء إلا إذا توسط المدين بينه وبين هذا الشيء ، فهو لا يستعمل سلطة مباشرة على الشيء كما في الحق العيني ، بل يتقاضى حقاً من المدين . وتأخذ مثلاً لذلك المنتفع صاحب الحق العيني والمستأجر صاحب الحق الشخصي . فالمنتفع يباشر سلطته على الشيء مباشرة دون وساطة صاحب الرقبة ، أما المستأجر فلا يباشر سلطة مباشرة على العين المؤجرة وإنما يطالب المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين فلا يصل إليها إلا بوساطة المؤجر . والمهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين إذ لا مدين في الحق العيني كما قدمنا ، بل هو تعيين الشيء محل الحق إذ لا يمكن أن يترتب حق عيني إلا على شيء معين بالذات . أما المهم في الحق الشخصي فليس تعيين الشيء محل الحق إذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصي بشيء غير معين إذا كان قابلاً للتعيين ، وإنما المهم هو تعيين المدين إذ لا يقوم حق شخصي إلا بمدين معين يترتب في ذمته الالتزام وقت نشوئه . فينبغي إذن التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي - كما قلنا في الجزء الأول من الوسيط - « قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع ، أما في الحق الشخصي فتحدد المدين . ويزيد الحق الشخصي عن الحق العيني عنصراً أساسياً ، هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق ^(١) . ومن أجل ذلك كان الحق الشخصي أكثر تعقيداً من الحق العيني ، فالحق الشخصي يتكون من عناصر ثلاثة هي الدائن والمدين ومحل الحق ، أما الحق العيني فيكتفي في تكوينه عنصراً هماً صاحب الحق ومحل الحق ^(٢) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٥ .

(٢) ولا يزال الحق الشخصي رابطة فيما بين شخصين ، ولا يزال لشخصية الدين والدائن أثر كبير في تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لابد من وجود طرق الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين - وهذا شيء نفسي - يؤثر تأثيراً كبيراً في وجه الالتزام صحيحاً ، وفي تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذي تتسرب منه العوامل الخفية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية في الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادي ذاته . (الوسيط ١ فقرة ١١) .

ومهما يكن من أمر ، فإن التمييز الذى قام بهذا الوضع ما بين الحق العيني والحق الشخصى لم يمنع من اختلاط الحقين أحدهما بالآخر فى حالات قليلة ، كما وقع ذلك فيما يسمى « بالالتزام العيني » ونورد عنه كلمة موجزة .

١٠٠ - الالتزام العيني (*) : يحدث فى بعض الأحوال أن شخصا يجد نفسه ملزما بأداء عمل معين نحو شخص آخر ، ولكن سبب هذا الالتزام ينحصر فى أن المدين هو المالك لعين معينة . فهنا وجد الالتزام بسبب ملكية العين ، ومن ثم سمي بالالتزام العيني (obligation réelle, obligation propter rem) ونورد للإيضاح بعض الأمثلة :

١ - تنص المادة ٨١٣ مدنى على أن « لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » . فهنا المالك لأرض تلاصق أرضا يملكها الجار ملتزم نحو هذا الجار ، إذا طلب أن يشارك فى وضع حدود للأرضين المتلاصقتين بحيث يمكن الثبوت من حدود كل أرض منهما فى الجهة التى فيها يتلاصقان . ويتحمل مالك الأرض نصف نفقات وضع الحدود المذكورة ، ويتحمل جاره النصف الآخر . ويلاحظ أن الالتزام الذى فى ذمة صاحب الأرض ، من المشاركة فى وضع الحدود وفى تحمل النفقات ، لم يترتب إلا بسبب ملكية هذا الشخص للأرض المتلاصقة . فإدام مالكا لهذه الأرض فهو ملتزم ، فإذا زالت ملكيته بأن تصرف فى الأرض مثلا ، فإن الالتزام ينتقل من ذمته إلى ذمة المالك الجديد . وحتى لو مات قالت الأرض إلى وارث ، فإن الوارث يصبح ملتزما ، لا باعتباره وارثا ، بل باعتباره المالك الجديد للأرض . فالالتزام هنا إذن يدور مع ملكية الأرض وجودا وعدما ، فهو التزام مصاحب دائما للملكية العينية ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٢ - تنص المادة ١٠٢١ مدنى على أنه « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملا إضافيا يقتضيه

• مراجع : Michon رسالة من نانسي سنة ١٨٩١ - De Juglart رسالة من بوردر

سنة ١٩٢٧ - Balbi رسالة من تورينو سنة ١٩٥٠ - Aberkzum رسالة من الجزائر سنة ١٩٥٥ .

استعمال الارتفاق على الوجه المألوف . مالم يشترط غير ذلك . وتنص المادة ١٠٢٢ مدني على أن (١ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك . معذر المرتفق مالم يشترط غير ذلك . ٢ - فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق . ٣ - وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين . كل بنسبة ما يعود عليه من الفوائد » . ويستخلص من هذه النصوص أن مالك العقار المرتفق به لا يكون ملزماً في الأصل بالتقيام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق ، ولا بأية نفقة . ومع ذلك يجوز استثناء أن يكون ملزماً : (أولاً) بالتقيام بعمل إضافي يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يشترط غير ذلك . (ثانياً) بنفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ، إذا اشترط عليه مالك العقار المرتفق ذلك وقبل الشرط . (ثالثاً) إذا كانت الأعمال نافعة للعقار المرتفق به ، ألزم مالك هذا العقار ، دون شرط ، بالمساهمة في نفقة هذه الأعمال بنسبة ما يعود على عقاره من الفوائد .

ففي جميع هذه الأحوال نرى أن مالك العقار المرتفق به يلتزم نحو مالك العقار المرتفق بأداء عمل أو المساهمة في نفقة . وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته للعقار المرتفق به ، أي بسبب هذه الملكية . ومادام مالكا للعقار المرتفق به فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا أيضاً مرتبط بملكية العقار المرتفق به ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٣ - تنص المادة ٨١٤ / ٢ مدني على ما يأتي : « فإذا لم يعد الحائض المشترك صالحاً للاغراض الذي خصص له عادة ، فنفقة لإصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » . فهنا أيضاً يلتزم الشريك في الحائض المشترك ، إذا احتاج الحائض إلى إصلاح أو تجديد ، بالمساهمة في النفقات بنسبة حصته في الحائض . وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته الشائعة في الحائض المشترك ، وبسبب هذه الملكية . ومادام شريكا في الحائض فهو ملتزم . فإذا انتقلت ملكيته إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا إذن

مرتبط بملكية الحائز المشترك ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٤ - تنص المادة ١٠٦٠/١ مدني على أنه « يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » . ويفهم من هذا النص أن الحائز للعقار المرهون رهنا رسميا ملتزم بدفع الدين المضمون بالرهن ، لا على أساس أن التزاما شخصيا قد ترتب في ذمته ، بل على أساس ملكيته للعقار المرهون ، وبسبب هذه الملكية . ومادام مالكا للعقار المرهون فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا كذلك مرتبط بملكية العقار المرهون ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

وتكفي هذه الأمثلة لتوضيح ما هو الالتزام العيني . فهو التزام يوافق الالتزام الشخصي ، من حيث أنه يجبر مدينا معيناً نحو دائن معين على أداء عمل معين . ولكنه يفارق الالتزام الشخصي ، ويوافق الحق العيني ، في خصائص ثلاث هامة :

أولا - يتركز الالتزام العيني في عين معينة بالذات ، ولا يتناول غيرها من أموال المدين . فهو ، على خلاف الالتزام الشخصي ، لا يكفله ضمان عام (gage commun) . على جميع أموال المدين ، ويقتصر في ضمانه على العين التي ترتب الالتزام بسببها .

ثانيا - وما دام الالتزام العيني لم يترتب إلا بسبب ملكية هذه العين ، فإنه يدور مع هذه الملكية وجودا وعدما كما قدمنا . فلا ينتقل إذن ، كما ينتقل الالتزام الشخصي ، إلى الخلف العام . بل ينتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العين ، حتى لو انتقلت الملكية بالميراث ، فإن الوارث يصبح ملتزما ، لا باعتباره وارثا ، بل باعتباره مالكا للعين . ويتضح ذلك في الشريعة الإسلامية ، فإن الوارث باعتباره وارثا لا ينتقل إليه الالتزام الشخصي المرتب في ذمة مورثه ، بل يبقى هذا الالتزام في التركة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . أما إذا كان الالتزام التزاما عيدا ، فإنه ينتقل إلى الوارث ، حتى لو كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسري على الميراث .

ذلك أن الالتزام العيني لا ينتقل إلى الوارث باعتباره وارثا حتى يمنع انتقاله وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، بل ينتقل إلى الوارث باعتباره مالكا للعين وقد انتقلت إليه الملكية فعلا بالمراث .

ثالثا - كذلك مادام الالتزام العيني لم يترتب إلا بسبب ملكية العين ، فإن المدين يستطيع أن يتخلص من التزامه بتركه العين أو التخلي عنها . ولو كان الالتزام التزاما شخصيا مترتبا في ذمته ، لما استطاع ذلك . وقد وردت نصوص صريحة تجيز الترك أو التخلي (abandon, délaissement) ، فيتخلص المدين من الالتزام العيني في حالة مالك العقار المرتفق به وفي حالة الحائز للعقار المرهون . ففي الحالة الأولى رأينا المادة ١٠٢٢/٢ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق » . وفي الحالة الثانية رأينا المادة ١٠٦٠ مدني تنص على أنه « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن ... أو يتخلى عنه » .

بقي تكييف الالتزام العيني بخصائصه المتقدمة الذكر . هناك رأى يذهب إلى أنه التزام قائم بذاته ، وهو وسط ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، وتجتمع فيه بعض خصائص هذا وبعض خصائص ذاك^(١) . ولكن الرأى الراجح هو أن الالتزام العيني ليس إلا امتدادا للحق العيني ، وليس التزاما قائما بذاته . فهو ينشأ بسبب حق عيني موجود ، ويستكمل به صاحب هذا الحق العيني - وهو في الوقت ذاته الدائن بالالتزام العيني - أسباب نفاذ حقه ، والتمتع بهذا الحق تمتعا كاملا . فالالتزام العيني إذن لا يعدو أن يكون استكمالاً للحق عيني ، وليس له كيان مستقل لالتزام شخصي ولا كحق عيني^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى De luglart رسالة من بوردر سنة ١٩٣٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى Aberkane رسالة من الجزائر سنة ١٩٥٥ - مازق ورينو ٢

المطلب الثاني

تقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار منقول

١٠١ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣ مدني على ما يأتي :

١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٦/٢ و ١٧/٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى . في التقنين المدني السوري

المادة ١/٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٨٣ - ولا مقابل للنص في التقنين

المدني العراقي - ويقابل في قانون الملكية العقارية اللبناني المادة ٤ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١١٣ و ١/١١٤ من المشروع التمهيدى هل الوجه الآتي : م ١١٣ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بعقار - م ١/١١٤ - يعتبر مالا منقولاً كل ما عدا ذلك من الحقوق المالية . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في مادة واحدة ، وعدلت عبارة « كل دعوى تتعلق بعقار » في المادة الأولى ، فأصبحت « كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار » . فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٨٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ - ص ٤٧١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٦/٢ : الأموال الثابتة هي الحائزة لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعثر بها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال .

م ١٧/٣ : ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولاً . والتعبير في القانون بلفظ أمتعة وأشياء منقولة وأموال منقولة يشمل بلا فرق جميع المنقولات .

(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٨٥ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤ : المقارنات غير المادية هي الحقوق والتأمينات والارتفاقات

العينية . وكذلك الدعاوى التي تتناول عقاراً مادياً

(وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري) .

ويتبين من هذا النص أن القانون يمد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول من الأشياء المادية إلى الحقوق . والحقوق أشياء معنوية لا مادية ، وهى بهذا الوصف لا تقبل أن تكون عقارا أو منقولا . فالعقار هو الشيء المادى ذو المستقر الثابت بطبيعته كما سبق القول ، ولا يصدق هذا على الحق ، ولو كان هذا الحق هو حق الملكية الذى جرت العادة بخلطه بالشيء المادى ذاته الذى يقع عليه . وكذلك الحقوق لا تكون منقولة ، ولو كانت حقوق ملكية على منقولات تختلط بها ، فلا يزال التمييز قائما بين حق الملكية وهو شيء معنوى ، والشيء الذى يقع عليه حق الملكية وهو شيء مادى . ولكن المشرع ، تبعا لتقاليد قديمة ، قسم الحقوق المعنوية ذاتها إلى عقار ومنقول ، لا تبعا لطبيعتها بل تبعا لطبيعة المحل الذى تقع عليه ، ورتب على هذا التقسيم نتائج قانونية هامة .

وكان المشرع الفرنسى أسبق إلى تقسيم الحقوق إلى عقار ومنقول ، مراعى في ذلك تقاليد القانون الفرنسى القديم الذى كان لا يتقيد كما قدمنا في التقسيم إلى عقار ومنقول بطبيعة الشيء بل بأهميته . ومع أن المشروع الفرنسى أغفل كثيراً من التقاليد الإقطاعية التى ألغتها الثورة الفرنسية ، إلا أنه مع ذلك لم يصل بالتبسيط إلى نهايته ، فترك ثغرات بقى فيها الفقه والقضاء غير مستقرين مدة طويلة . فنص فى المادة ٥٢٦ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر عقارا بحسب المحل الذى يقع عليه : حق الانتفاع بالأشياء العقارية - حقوق الارتفاق - الدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقاره . فجاء النص ناقصا مبتورا غامضا ، فهو لم يعدد كل الحقوق العقارية إذ أغفل حق الاستعمال وحق السكنى وحق الأمفيتوز ، ولم يبين ماذا يقصد بالدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقار . ونص فى المادة ٥٢٩ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر منقولا بحكم تعيين القانون (ولم يستعمل التعبير الذى استعمله فى العقار » بحسب المحل الذى يقع عليه ، لغير علة ظاهرة) : الالتزامات والدعاوى التى محلها مبالغ من النقود مستحقة أو منقولات ، والأسهم والحصص فى الشركات المالية والتجارية والصناعية حتى لو كانت هناك عقارات تابعة لهذه المشروعات وتملكها هذه الشركات . وتعتبر الأسهم والحصص منقولات بالنسبة إلى الشريك وحده طالما كانت الشركة باقية - وتعتبر أيضاً منقولا بحكم تعيين القانون الإيرادات

الدائمة والإيرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد . وهنا أيضاً لم يكن تعداد الحقوق المنقولة كاملاً ، فقد أغفل البعض الحقوق الشخصية المتعاقبة بعقار ، كما أغفل المتاجر وغيرها مما لم يكن قد وصل إلى نظوره الحال وقت صدور للتقنين الفرنسى . وإنما حتى هذا التقنين بالتركيز على ما كان هاما وقت صدوره ، فتناول الإيرادات الدائمة والموقفة واعتبرها كلها منقولا على خلاف تقاليد القانون الفرنسى القديم ، وكذلك تناول الأسهم والحصص فى الشركات التجارية وكانت وقت صدوره لا تزال فى أول مراحل نشوئها .

أما التقنين المدنى المصرى ، وبخاصة التقنين الجديد ، فقد وصل فى التبسيط إلى نهايته ، ووضع قاعدة منطقية واضحة ، إذ اعتبر الحقوق العينية التى تقع على العقار عقارا ، ولم يرد بعد ذلك أن يخوض فى تعداد المنقول خشية أن يفوته شئ منه ، فقال : « ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . ومن ثم يعتبر منقولا : (١) الحقوق العينية التى تقع على منقول . (٢) الحقوق الشخصية التى تتعلق بمنقول . (٣) الحقوق الشخصية التى تتعلق بعقار . (٤) أى حقوق شخصية أخرى يكون محلها عملا أو امتناعا عن عمل . وكذلك فى الدعاوى اتبع نفس القاعدة البسيطة ، فالدعاوى بحقوق عقارية تكون عقارا ، والدعاوى بحقوق منقولة تكون منقولا (١) .

فنعرض لهذه القواعد المبسطة المنطقية التى أتى بها التقنين المصرى ، ولا يحسن الاعتداد كثيراً فى هذا الشأن بالمصادر الفرنسية فقد بينا أنها أتت بحكم تقاليد القانون الفرنسى القديم معقدة غامضة . ومن ثم نعرض الحقوق والدعاوى العقارية ، ثم الحقوق والدعاوى المنقولة .

§ ١ - الحقوق والدعاوى العقارية

١٠٢ - الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقار : وعلى رأس الحقوق العقارية تقوم الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقار . واعتبار

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى لى مجرعة الأعمال التحضيرية

الذى تقع عليه الحقوق العينية الأصلية قد يكون عقاراً بطبيعته كما هو الغالب ، وقد يكون عقاراً بالتخصيص . فجميع الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقارات بالتخصيص تعتبر حقوقاً عقارية^(١) .

وأول الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية . والملكية حق ، أى شيء معنوى لا شيء مادى ، ولكن التقاليد التى ترجع إلى عهد القانون الرومانى تخلط ما بين حق الملكية والشيء المادى الذى يقع عليه هذا الحق ، نظراً لأن الملكية هى أوسع حق عينى يمكن تصوره ، وهو يستغرق الشيء الذى هو محله استغراقاً تاماً ، ومن ثم يختلط به فيصبحان شيئاً واحداً نتيجة لهذا الخلط^(٢) . ويخيل فى النظرة السطحية أن حق الملكية هو نفس الشيء المادى المملوك ، فيبدو أن حق الملكية نفسه هو شيء مادى أو هو ذات الشيء المادى الذى يقع عليه الحق . والصحيح أن حق الملكية ، كغيره من الحقوق العينية ، شيء معنوى كما قدمنا ، ويجب تمييزه عن الشيء المادى الذى يقع عليه . وقد نهت الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدنى إلى ذلك ، فساوت بين حق الملكية وبين أى حق عينى آخر . وقالت كما رأينا : « يعتبر مالا عقارياً كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ... » . فحق الملكية إذن يكون حقاً عقارياً إذا وقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص .

ثم نأتى الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ، وهذه تكون أيضاً حقوقاً عقارية إذا وقعت على عقار . ومن هذه الحقوق ما لا يقع إلا على عقار فيكون حتماً من حقوق العقارية ، وهذه هى حقوق الارتفاق وحق السكنى وحق الحكر . ومنها ما يقع على عقار أو منتول كما هو الأمر فى حق الملكية ، فإذا وقع على عقار كان حقاً عقارياً . وهذه هى حق الانتفاع وحق الاستعمال ، ما وقع منهما على عقار يكون حقاً عقارياً .

١٠٣ - الحقوق العينية التبعية التى تقع على عقار : كذلك يعتبر حقاً عقارياً كل حق عينى تبعى يقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص . ومن هذه الحقوق أيضاً ما لا يقع إلا على عقار فيكون حتماً عقارياً . وهذان هما

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣ ص ٩٥ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى لمجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ -

حق الرهن الرسمي^(١) وحق الاختصاص . ومنها ما يقع على عقار أو يقع على منقول ، فإذا وقع على عقار كان حقا عقاريا . وهذه هي حق رهن الحيازة وحقوق الامتياز .

ولا يعترض على أن الحق العيني التبعي يكون حقا عقاريا إذا وقع على عقار بمقولة إن هذا الحق ضامن لحق شخصي منقول فهو تابع له ، ومن ثم يكون منتمولا مثله . ذلك أن الفرع إذا كان يتبع الأصل ، فلنما يتبعه في نشوئه وانقضائه ، ولا يتبعه في طبيعته . فقد يكون الأصل عقاراً ويكون التابع منقولاً ، وبالعكس قد يكون الأصل منقولاً ويكون التابع عقاراً . وينبغي على أن الحق العيني الذي يقع على عقار يكون حقا عقاريا أن التنازل عن الرهن الرسمي يشترط لصحته أهلية التصرف في العقار ، ولا تكفي أهلية التصرف في المنقول^(٢) .

١٠٤ — الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار : وتعتبر أيضاً دعوى عقارية الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار ، وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٨٣ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « يعتبر مالا عقاريا .. كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار » .

فالدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية الواقعة على عقار تكون دعاوى عقارية . وعلى ذلك تكون دعوى عقارية دعوى حق الملكية على عقار أي دعوى الاستحقاق للعقار ، ودعاوى حقوق الارتفاق إيجاباً ونقياً (actions confessoires, négatoires) فكلها دعاوى عقارية لأن حقوق الارتفاق لا تقع إلا على عقار ، وكذلك دعوى السكنى ودعوى الحكر دعويان عقاريتان إذ حق السكنى وحق الحكر لا يقعان إلا على عقار . وتعتبر دعوى عقارية دعوى حق الانتفاع ودعوى حق الاستعمال ، إذا كان الحق يقع على عقار . والدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار تكون دعاوى عقارية . فدعوى الرهن الرسمي ودعوى حق الاختصاص المرفوعتان على حائز العقار دعويان عقاريتان ، إذ لا يقع الرهن الرسمي وحق الاختصاص

(١) ويلاحظ أن حق الرهن الرسمي قد يقع على السفينة وهي منقول ، فيكون حقا منقولاً .

(٢) أوبري ورو ٢ ص ٣١ هامش ٤ - محمد علي عرفة فقرة ٨٢ .

إلا على عقار . ودعوى رهن الحيازة ودعوى حقوق الامتياز المرفوعة على حائز العقار تكون دعوى عقارية ، إذا وقع حق الرهن الحيازي أو حق الامتياز على عقار .

وتعتبر دعوى الحيازة - دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة ودعوى وقف الأعمال الجديدة - دعوى عقارية ، لأنها تحمي حيازة العقار . ولذلك جعل الاختصاص فيها ، كما في سائر الدعاوى العقارية ، للمحكمة الكائن في دائرتها العقار .

١٠٥ - **دعوى الشفعة** : دعوى الشفعة هي الدعوى التي يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . والمطالبة بحق الملكية على عقار تقوم على أسباب مختلفة ، فقد يطالب شخص بحق الملكية مستنداً إلى عقد أو إلى ميراث أو إلى وصية ، كذلك الشفيع يطالب بحق الملكية مستنداً إلى حق الأخذ بالشفعة . ومن ثم كانت دعوى الشفعة ، في رأينا ، دعوى عقارية .

وهناك رأى يذهب إلى عكس ذلك ويعتبر دعوى الشفعة دعوى منقولة ، فيقول الأستاذ محمد على عرفة في هذا المعنى : « فالشفيع يستند في طلب الشفعة إلى حق خاص خوله إياه القانون . وهذا الحق وإن يكن من طبيعة خاصة ، إلا أنه لا يمكن أن يقال بأنه حق عيني ، إذ لا سلطان لشفيع على العقار المشفوع فيه حتى يقضى بحقه في أخذه بالشفعة . وبذلك تستبعد دعوى الشفعة بطريق الاستقصاء من نطاق العقارات ، فتكون منقولة طبقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ٨٣^(١) . »

والذي نراه أن الشفيع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه . فهو لا يطالب بالشفعة وإلا كانت الشفعة حقاً مستقلاً عن حق الملكية . وقد كان اعتبار الشفعة حقاً هو الذي حير بعض الفقهاء ، ودفعهم إلى التساؤل هل الشفعة حق عيني أو حق شخصي . وقد بينا^(٢) أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي ، وإنما هي - كالعقد - سبب من أسباب كسب الملكية . وإذا كانت المناقشة لا تجوز في اعتبار العقد حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، كذلك لا تجوز المناقشة

(١) محمد على عرفة فقه ٩١ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٢٢ في الهامش .

فى اعتبار الشفعة هذا أو ذاك . ومنى وضعنا المسألة هذا الوضع الصحيح ،
وقلنا إن الشفعى إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب
الملكية هو الشفعة ، تبين فى وضوح أن الشفعة دعوى يطالب فيها المدعى
بملكية عقار ، فهى إذن دعوى عقارية .

ومن ثم ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع
فيه ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدنى . وقد قيل فى لجنة مجلس الشيوخ ،
دفاعا عن استبقاء هذا الحكم بالرغم من أنه من أحكام قانون المرافعات ، إنه
أريد به دفع الشبهة فيما إذا كانت دعوى الشفعة تعتبر دعوى شخصية أو دعوى
عقارية^(١) . فهى إذن دعوى عقارية بصريح النص .

§ ٢ - الحقوق والدعاوى المنقولة

١٠٦ - كل الحقوق والدعاوى التى ليست عقارية تكون منقولة :

وكل الحقوق والدعاوى التى لا تكون عقارية على الوجه الذى بسطناه فيما
تقدم تكون منقولة . وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٣ مدنى كما رأينا :
« ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . فالأصل إذن ، فى
الحقوق والدعاوى ، أن تكون منقولة ، ما لم تكن حقوقا عينية واقعة على عقار
أو دعاوى تتعلق بحق عينى على عقار فتكون عقارية .

فتكون إذن منقولة الحقوق العينية التى تقع على منقول ، أما تلك التى
تقع على عقار فتعتبر عقارية كما سبق القول . وتكون كذلك منقولة جميع
الحقوق الشخصية ، أيا كان محلها ، منقولا كان أو عقارا أو عملا أو امتناعا
عن عمل . ويعتبر منقولا بوجه خاص الإيرادات المؤبدة والمؤقتة ، والأسهم
والحصص فى الشركات ، والمتاجر ، والحقوق المالية التى ترد على الأشياء
غير المادية .

وتعتبر الدعوى منقولة إذا لم تكن دعوى عقارية على الوجه الذى بسطناه
فما تقدم ، فيدخل فى الدعاوى المنقولة ، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة
التوقيع ، ودعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ودعوى الفسخ والإبطال والرجوع ،
ونستعرض الحقوق والدعاوى المنقولة على الترتيب المتقدم الذكر .

١٠٧ - الحقوق العينية التي تقع على منقول : تعتبر جميع الحقوق العينية التي تقع على منقول أموالا منقولة ، سواء كانت هذه الحقوق العينية أصلية أو تبعية ، وسواء كان المنقول منقولا بطبيعته أو منقولا بحسب المال . فالحقوق العينية الأصلية التي تقع على منقول ، فتعتبر منقولا ، هي أولا حق الملكية . وحق الملكية يختلط بالمنقول ، كما رأينا ، يختلط بالعقار ، فيخيل في النظر السطحي أن حق الملكية على منقول هو المنقول ذاته . والصحيح أن حق الملكية غير الشيء المنقول ، فحق الملكية شيء معنوي في حين أن المنقول محل الحق شيء مادي ، ومن ثم يعتبر حق الملكية على منقول حقا أو مالا منقولا ، لا شيئا منقولا . وبعد حق الملكية تأتي الحقوق العينية الأصلية المترعة عنه والتي يمكن أن تقع على منقول ، وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال إذا وقعا على منقول فيعتبران من الأموال المنقولة . أما حق السكنى وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، فقد رأينا أنها لا تقع إلا على عقار ، ومن ثم تكون هذه الحقوق دائما أموالا عقارية كما قلنا .

بقيت الحقوق العينية التبعية ، وهذه أيضا تكون أموالا منقولة إذا وقعت على منقول . فحق رهن الحيازة وحقوق الامتياز تكون أموالا منقولة إذا وقعت على منقول . أما حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص فهذان لا يقعان إلا على عقار ، ومن ثم لا يكونان إلا أموالا عقارية كما سبق القول .

١٠٨ - الحقوق الشخصية أيا كان محلها : والحقوق الشخصية ، أيا كان محلها ، تعتبر أموالا منقولة . والحق الشخصي يكون محله إما إعطاء شيء منقول أو عقار ، أو عملا ويدخل فيه تسليم منقول أو عقار ، أو امتناعا عن عمل .

وظاهر أن الحق الشخصي إذا كان محله إعطاء شيء منقول ، أي التزاما بنقل ملكية منقول أو بنقل حق عيني عليه . كالالتزام بنقل ملكية عشرة قناطر من التطن مثلا ، فإنه يعتبر مالا منقولا .

فإذا كان محل الحق الشخصي عقارا ، كالالتزام بنقل ملكية عقار في بيع غير مسجل ، فإن الحق يكون حقا شخصيا متعلقا بعقار ، ويكون

مالا منقولاً . والقانون الفرنسي على غير هذا الحكم ، فعنده أن الحق الشخصي المتعلق بعقار يكون مالا عقارياً . والسبب في ذلك عدم صراحة النصوص في التقنين المدني الفرنسي ، فالمادة ٥٢٦ مدني فرنسي تجعل الحق العيني الواقع على عقار مالا عقارياً ، والمادة ٥٢٩ مدني فرنسي تجعل الحق الشخصي المتعلق بمنقول مالا منقولاً ، وقد أغفلت هذه النصوص الحق الشخصي المتعلق بعقار فافتتح باب الاجتهاد فيه ، والرأي السائد هناك أنه مال عقاري^(١) . أما التقنين المدني المصري فنصوصه أكثر صراحة ، إذ هو قد اعتبر في المادة ١/٨٣ مدني الحق العيني الواقع على عقار مالا عقارياً ، واعتبر في المادة ٢/٨٣ مدني ما عدا ذلك من الحقوق - ويدخل فيها الحق الشخصي سواء تعلق بمنقول أو بعقار - مالا منقولاً^(٢) . ويكثر في القانون المصري أن يوجد الحق الشخصي المتعلق بعقار ، وخير مثال له الالتزام بنقل ملكية العقار المتولد عن عقد البيع غير المسجل . ففي هذا المثال يكون الالتزام مالا منقولاً دون شك ، وذلك بالرغم من أن الالتزام إذا نفذ بتسجيل عقد البيع فإن المشتري يؤول إليه حق ملكية على عقار أي حق عقاري^(٣) .

(١) بودري وشوفو فقرة ١٠٩ - ديمولومب ٩ فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩ ص ٩٦ .

(٢) محمد علي عرفة فقرة ٨٦ - وكان مقتضى أن يكون الحق الشخصي المتعلق بعقار مالا منقولاً أن تكون الدعوى المتعلقة بهذا الحق هي أيضاً دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتكون إذن من اختصاص محكمة المدعى عليه لا من اختصاص محكمة العقار . ومع ذلك فإن المادة ٢/٥٦ م افعات تنص على ما يأتي : « وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه » . وكان الواجب أن تكون الدعوى ، وهي منقولة ، من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها (انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٨٧) . ولكن نصوص تقنين المرافعات لم تنسق مع نصوص التقنين المدني ، فوقع هذا التناقض .

(٣) أما في فرنسا فيندر أن يوجد مثل حق شخصي يتعلق بعقار ، لأن البيع غير المسجل هناك ينقل ملكية العقار المعين بالذات في الحال فيما بين المتعاقدين ، فلا تكون هناك فترة من الوقت يقوم فيها الحق الشخصي المتعلق بالعقار حتى يقال إن هذا الحق الشخصي يعتبر مالا عقارياً وذلك قبل انتقال الملكية . فلا يبقى إلا أن نترض أن التزاماً بنقل ملكية عقار نشأ دون أن تنتقل الملكية في الحال ، كما لو باع شخص ألف متر من أرض ذات مساحة أوسع . فلا تنتقل الملكية في هذه الحالة إلا بعد فرز الأرض المبيعة ، وقبل ذلك يقوم التزام بنقل ملكية عقار دون أن تنتقل الملكية . ويكون هذا الالتزام في فرنسا مالا عقارياً ، أما في مصر فقد رأينا أنه يعتبر مالا منقولاً .

والحق الشخصي إذا كان محله تسليم شيء فإنه يكون مالا منقولاً ، حتى لو كان الشيء الواجب التسليم عقاراً ، ومن باب أولى لو كان هذا الشيء منقولاً . فالمستأجر لعقار أو لمنقول ، حقه الشخصي قبل المؤجر في تسليم العين المؤجرة يعتبر حقاً منقولاً .

وإذا كان محل الحق الشخصي عملاً كان الحق منقولاً ، حتى لو كان مال هذا العمل أن يخلص لصاحب الحق ملكية عقار . فالمقاول الذي يلتزم ببناء منزل قد التزم بعمل ، فيكون هذا الالتزام مالا منقولاً ، ولو أن تنفيذ الالتزام يؤدي إلى قيام منزل وهو عقار تخلص ملكيته لرب العمل^(١) .

وإذا كان محل الحق الشخصي امتناعاً عن عمل ، كحق صاحب المتجر في عدم منافسة البائع له ، كان هذا الحق هو أيضاً منقولاً .

١٠٩ - الإيرادات المؤبقة المؤقتة : تقدم بحث الإيرادات المؤبقة أو الدخل الدائم في الجزء الخامس من الوسيط^(٢) . ورأينا أن الصورة الغالبة في الدخل الدائم هي ما تعقده الدولة من قروض داخلية ، فتعقد الدولة قرضاً في صورة سندات تصدرها متساوية في قيمها الاسمية . فيكتب المقرض في السند ، ويقرض الدولة القيمة الاسمية لهذا السند على أن يتقاضى منها دخلاً سنوياً هو الفائدة التي تحدد الدولة معرها .

ومسبق أيضاً أن بحثنا الإيراد المؤقت أو المرتب مدى الحياة في الجزء السابع من الوسيط^(٣) . ورأينا أنه يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض أو بغير عوض ، ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية . ورأينا كذلك أن المرتب مدى الحياة ، على خلاف المرتب الدائم ، لا يبقى إلا مدى حياة من رتب الإيراد على حياته ، فإذا مات هذا انقضى المرتب . وفي جميع الأحوال يكون المستحق للمرتب دائناً للملتزم بالمرتب بحق شخصي ، محله عادة مبلغ من النقود .

وهذه المسائل قد سبق بحثها بالتفصيل ، فلا نعيد بحثها هنا . وإنما أشرنا

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤ ص ٩٧ .

(٢) فقرة ٢١٩ وما بعدها .

(٣) فقرة ١١٦ وما بعدها .

إليها هذه الإشارة الموجزة لنقرر أن الحق الشخصي الثابت لصاحب الدخل الدائم ، أو الثابت للمستحق للمرتب مدى الحياة ، إنما هو مال منقول ، شأنه في ذلك شأن مائر الحقوق الشخصية .

وهذه المسألة على وضوحها لم تكن على هذا القدر من البساطة في القانون الفرنسي القديم ، فقد كان هذا القانون يعتبر الدخل الدائم مالا عقاريا لأهميته ، إذ كانت صفة العقار أو المنقول تتوقف في بعض الحالات على أهمية المال (١) . فأراد التقنين المدني الفرنسي أن يرد الأمور إلى وضعها الصحيح ، وأن يعتبر كل إيراد ، سواء كان دائما أو مرتبا مدى الحياة ، مالا منقولا . فنص صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة ٥٢٩ منه على أن « يعتبر أيضاً منقولا ، بحكم تعيين القانون ، الإيرادات الدائمة والإيرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد » .

١١٠ - الأسهم والحصص في الشركات : نصيب الشريك في شركات الأموال (الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم) بحسب الأسهم (actions) ، أما نصيب الشريك في شركات الأشخاص (شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات المدنية) فيحسب بالحصص (intérêts) .

ولو لم تكن الشركة شخصا معنويا ، لكان مالها مملوكا مباشرة للشركاء ، ولكان للشريك حق ملكية في الشيوع على هذا المال بقدر نصيبه . ولكان يترتب على ذلك أن حق الملكية هذا وهو حق عيني إذا وقع على منقول للشركة يكون مالا منقولا ، أو وقع على عقار يكون مالا عقاريا . وتكون النتيجة المترتبة على ذلك أن الأسهم والحصص تكون أموالا منقولة أو أموالا عقارية بحسب طبيعة مال الشركة ، فما وقع منها على منقول يكون منقولا ، وما وقع منها على عقار يكون عقارا (٢) .

ولكن الشركات جميعا ، التجارية والمدنية ، لها شخصية معنوية مستقلة

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٣ .

(٢) وهذا هو الحكم في شركات الخاصة ، إذ ليست لهذه الشركات شخصية معنوية ، فيعتبر مال الشركة ، عقارا كان أو منقولا ، مملوكا مباشرة للشركاء .

عن شخصية الشركاء . وهذه الشخصية من شأنها أن تغير من طبيعة الأسهم والحصص . ذلك أن مال الشركة لا يكون مملوكا للشركاء ، وإنما ملكه ذلك الشخص المعنوي الذي تتمثل فيه الشركة ، ويكون بالنسبة إلى الشركة عقارا أو منقولا بحسب طبيعته على التفصيل الذي بسطناه فيما تقدم . أما الشركاء فليس لهم حق ملكية على مال الشركة ، وإنما يملكون أسهما أو حصصا تمثل أنصبتهم في أرباح الشركة وفي خسائرها مادامت الشركة قائمة ، وتمثل أنصبتهم في مال الشركة بعد حلها وصيرورة هذا المال مملوكا مباشرة للشركاء . وهذه الأسهم والحصص ليست إلا حقوقا شخصية للشريك قبل الشركة ، ومادامت حقوقا شخصية فهي أموال منقولة ، حتى لو كانت أموال الشركة كلها أموالا عقارية .

ويترتب على أن السهم أو الحصة في الشركة هو حق شخصي منقول نتائج نذكر منها :

- ١ - أن صاحب السهم أو الحصة إذا تصرف فيه ، فإنما هو يتصرف في منقول لا في عقار . ويراعى ذلك في تحديد أهليته للتصرف ، أو في تحديد مدى ولايته إذا كان وليا على صاحب السهم أو الحصة .
- ٢ - تتم هبة الأسهم والحصص بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية ، لأن الأسهم والحصص أموال منقولة لا أموال عقارية .
- ٣ - يستطيع الولي أن يشتري أسهما أو حصصا من شركات يكون فيها محجوره شريكا ، دون أن يعتبر متعاقدا مع محجوره بما يستتبع ذلك من إجراءات قررها القانون ، لأنه إنما يتعاقد مع الشركة لا مع المحجور .
- ٤ - الأسهم والحصص لا يحجز عليها حجز العقار ولو كانت أموال الشركة عقارا ، وإنما يحجز عليها حجز ما للمدين لدى الغير ، أو حجز المنقول إذا كانت لحاملها .

٥ - إذا أوصى شخص لشخص آخر بمنقولاته ، دخل في هذه المنقولات ما عسى أن يكون للموصى من أسهم وحصص في الشركات .

٦ - إذا كان في مال الشركة عقار ، لم يجز للشريك أن يرهنه رهنا رسميا كما لا يجوز لدائنه أن يأخذ عليه حق اختصاص . والشركة وحدها هي التي تستطيع رهن العقار ويستطيع دائنها أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، لأن

العقار مملوك للشركة لا للشريك . وليس للشريك إلا حق شخصي منقول ، لا يجوز رهنه رهنا رسميا ولا يجوز أخذ حق اختصاص عليه^(١) .

١١١ — **المتاجر** : يعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعة من المال (universalité) تشمل على عناصر مختلفة ، منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق فى الإيجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . ومجموع هذا كله ، ويشمل ملكيات غير مادية من صناعية وأدبية وفنية ، يمكن أن يطلق عليه الملكية التجارية .

وقد اعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا ، قبل صدور قانونى أول مارس سنة ١٨٩٨ و ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ ، أن المتجر وحدة قائمة بذاتها ، مستقلة عن عناصرها المادية وغير المادية ، وتفى فيها هذه العناصر حتى ليصبح المتجر مالا ذا كيان مستقل ، وهو مال منقول غير مادى^(٢) . فأجاز بيع المتجر فى مجموعه بما يشتمل عليه من عناصر ، كما أجازا رهنه على هذا النحو . ثم أتت تشريعات أول مارس سنة ١٨٩٨ و ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ تؤكد هذا المعنى .

وفى مصر صدر قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، وهو يجيز كما فى فرنسا بيع المتجر ورهنه ، تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون : « ولئن ساغ أن يخضع المحل التجارى لنفس الأحكام التى تسرى على الأموال المنقولة الأخرى قبل أن تبدو فى البلاد بوادئ نهضتها التجارية والصناعية ، فإن الظروف المتصلة بهذه النهضة قد اقتضت تغييراً كلياً فى الفكرة المعروفة عن المحل التجارى ، حيث أصبح يعتبر مجموعة قانونية تشمل عدا المقومات المادية مقومات غير

(١) انظر فى هذه النتائج بودرى وشرثو فقرة ١٣٧ - فقرة ١٣٨ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٥ .

(٢) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٤٥٢ وما بعدها - إسكارا فى القانون التجارى فقرة ٢٤٩ وما بعدها - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٣٥١ - باريس ٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٣٧ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ٢ - ١٩٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢٠ - ٩٧ .

مادية لها المكان الأول في المعاملات ، وهي العنوان والاسم التجارى والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج ، وما إلى ذلك من حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة بالمحل . ولما كانت أحكام التشريع الحالى لا تساعد على نمو النهضة التجارية والصناعية ، وتقف حجر عثرة في سبيل التسليف الصناعى الذى يعتبر من أهم العوامل في نمو الصناعة ، بل هو من مقومات حياتها وازدهارها ، فقد روى ضرورة تعديل التشريع الحالى بما يكفل : (١) تنظيم حق امتياز البائع ودعوى الفسخ المترتبة على عدم دفع الثمن صيانة لحق البائع ، مع المحافظة على حقوق الدائنين الآخرين . (٢) إباحة رهن المحل وما يشتمل عليه من مهمات وآلات رهنا تأمينيا تبقى معه في حيازة صاحبها ، اقتداء بما سارت عليه الشرائع الأجنبية الحديثة (فرنسا - بلجيكا - اليونان) . ويرمى المشروع المرافق إلى تحقيق هذين الغرضين .

ونرى من ذلك أن المتجر في مصر ، كما هو في فرنسا ، يعتبر مجموعاً يشتمل على عناصر مادية وعناصر غير مادية . ولما كان الحق هنا حقاً عينياً يقع على مجموع من المال أى على شيء غير مادي ، فإنه يصبح مالا منقولاً . ذلك أن المال العقارى يجب أن يكون حقاً عينياً يقع على عقار مادي ، وما عدا ذلك فهو منقول كما سبق القول . فالمتجر إذن يعتبر مالا منقولاً غير مادي .

وهو كمنقول غير مادي لا يخضع للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، لأن هذه القاعدة لا تخضع لها إلا المنقولات المادية . وهو أيضاً ، خلافاً للمنقولات المادية ، يمكن رهنه دون أن تنتقل حيازته من مالكه إلى الدائن المرتهن . وهذه الخاصية من أهم خصائصه ، ومن أجلها بوجه خاص وضع تشريع سنة ١٩٤٠ في مصر تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى كما ورد في المذكرة التفسيرية على ما رأينا . ولكن المتجر ، كمنقول ، لا يجوز أن يتقرر عليه حقوق ارتفاق ولا تقبل في شأنه دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، فكل هذا لا يجوز إلا في العقار (١) .

هذا ومع أن المتجر مجموع من المال ، إلا أن هذا المجموع لا يتمتع

بالشخصية المعنوية . فهو في ملك صاحبه كجموع منقول غير مادي ، ولكنه لا يكون ذمة مالية مستقلة ، بل يدخل في عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم فجميع الدائنين الشخصيين لصاحب المتجر التنفيذ على المتجر ، حتى لو لم يكونوا دائنين للمتجر بالذات^(١) .

١١٢ - الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية : سنعرض بالتفصيل للأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها ، وعندئذ نكيف حق المؤلف والفنان والمخترع ونحو ذلك لنرى أى نوع من الحقوق هو . وأيا كانت طبيعة هذا الحق ، فإنه في جميع الأحوال يقع على شيء غير مادي ، ومن ثم يكون مالا منقولاً ، شأنه في ذلك شأن المتجر فيما قدمناه . ذلك أنه حتى يكون عقاراً يجب أن يكون حقاً عينياً واقعاً على عقار ، وهو لا يقع على عقار بل على شيء غير مادي كما قدمنا ، ومادام ليس عقاراً فهو إذن منقول^(٢) .

ويؤيد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمادة ٨٣ مدني ، فقد جاء فيها ما يأتي : « يعتبر مالا منقولاً جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشيء منقول بما في ذلك حق ملكية المنقول ، والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار ، والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وماشابهها »^(٣) .

١١٣ - الدعاوى المنقولة - دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة

التوقيع - دعوى نكحة التمهيد بسبب الفضيحة : أما الدعاوى المنقولة فهي الدعاوى غير المتعلقة بحق عيني على عقار ، ذلك أن الدعاوى المتعلقة بحق

(١) انظر في هذا المعنى ريبير في القانون التجاري فقرة ٤٥٢ - إسكارا في القانون التجاري فقرة ٢٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٨ ص ١١٢ - وانظر مع ذلك في أن للمتجر شخصية معنوية Valéry في حوليات القانون التجاري سنة ١٩٠٢ ص ٢٠٩ - ص ٣٠١ Papp في الطبيعة القانونية للمتجر رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ - Crémieu في المتجر كجموعة قانونية في لمة المتاجر سنة ١٩٣٥ ص ٣١١ - تعليق شوفو في المتجر كذمة مالية بالتخصيص دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٩ Chr. ص ٩٧

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وبيير وبيكار ٣ فقرة ١٠٩ ص ١١٣ - محمد علي عرفة فقرة ١٠٤ ص ١٢٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ - ص ٤٧١ .

هينى على عقار هى دعاوى عقارية كما قدمنا^(١) ، فكل ما عداها تكون دعاوى منقولة .

فالدعوى المتعلقة بحق عيني على منقول ، بما فى ذلك حق الملكية ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الاستحقاق للمنقول ، ودعاوى حق الانتفاع وحق الاستعمال إذا كان الحق يقع على منقول . كذلك تكون دعوى منقولة دعوى رهن الحيازة على المنقول ، ودعوى حق الامتياز على المنقول .

والدعوى المتعلقة بحق شخصى ، سواء تعلق الحق بعقار أو بمنقول ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الالتزام الشخصى بنقل ملكية أو بنقل حق عيني ، سواء تعلق ذلك بمنقول أو بعقار ، ودعوى الالتزام بتسليم منقول أو بتسليم عقار ، ودعوى الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل .

ومن أمثلة دعاوى الالتزام الشخصى بنقل ملكية عقار دعوى صحة التعاقد فى بيع العقار ، فهذه تكون دعوى منقولة ولو أن البيع يقع على عقار . ذلك أن دعوى صحة التعاقد تقوم على الأساس القانونى الآتى : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاما بتمكين المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عينا وتسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ العيني (م ٢١٠ مدنى) . فدعوى صحة التعاقد إذن هى دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً فى عقد بيع صحيح نافذ^(٢) . وإذا كانت دعوى صحة التعاقد دعوى منقولة ، فمن باب أولى تكون دعوى صحة التوقيع دعوى منقولة . ذلك أن المشتري فى دعوى التوقيع يقتصر على المطالبة بأن يقر البائع بأن ورقة البيع العرفية هى بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه^(٣) ، فهى ليست بدعوى حق عيني على عقار ،

(١) انظر آفا فقرة ١٠٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٨٨ هامش ٢ - وقد نص قانون تنظيم الشهر العقارى (م ٢/١٥) على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » . ويترتب هل تسجيلها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ ص ٤٩٧ .

ومن ثم تكون دعوى منقولة . ويترتب على ذلك أن كلا من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تكون من اختصاص محكمة المدعى عليه ، لا من اختصاص محكمة العقار (١) .

وكذلك تعتبر دعوى منقولة دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ولو أن المبيع يكون دائماً في هذه الدعوى عقاراً مملوكاً لغير كامل الأهلية . ذلك أن البائع في هذه الدعوى إنما يطالب بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمبيع ، فهو يطالب بمبلغ من النقود ، ودعاوى المطالبة بمبالغ من النقود تكون دائماً دعاوى منقولة (٢) .

١١٤ — دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع : في هذه الدعاوى لا يطالب المدعى بحق شخصي ولا بحق عيني ، وإنما هو يطالب بفسخ عقد كبيع عقار لم يدفع فيه الثمن ، أو بإبطال عقد يقع على عقار بسبب نقص الأهلية أو عيب في الرضاء ، أو بالرجوع في عقد كالرجوع في عقد هبة عقار حين يمكن الرجوع . وقد ورد في شأن هذه الدعاوى نص غامض في التقنين المدني الفرنسي ، يقضى بأن « الدعاوى التي ترمى إلى استرداد عقار » (les actions qui tendent à revendiquer un immeuble) تكون دعاوى عقارية (م ٥٢٦ مدني فرنسي) . ويفسر هذا النص في فرنسا بأن المقصود منه هو دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع في عقود واقعة على عقار (٣) .

أما في التقنين المدني المصري ، فهذه الدعاوى ليست دعاوى عقارية لأنها لا تتعلق بحق عيني واقع على عقار ، فلا مناص لإذن من اعتبارها دعاوى

(١) هذا وقد ورد في الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٠ هامش ٢ ما يأتي : « ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع فيها العقار كالدعاوى العينية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه كالدعاوى الشخصية (م ٢/٥٦ مرافعات - استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) » . وقد جرينا في هذا القول على حكم تقنين المرافعات (م ٢/٥٦) وعلى حكم القضاء قبل صدور التقنين المدني الجديد . والصحيح أنه بعد صدور التقنين المدني الجديد ، وهو متعارض مع تقنين المرافعات كما قدمنا ، أصبحت دعوى صحة التعاقد من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها دون محكمة العقار (انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٨٨ ص ١١٠) .

(٢) محمد كامل مرسى ١ ص ٩٢ - محمد علي عرفة فقرة ٨٩ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥ ص ٩٨ - ص ٩٩ .

منقولة طبقاً لنص المادة ٢/٨٣ مدني^(١) . وإذا كان القضاء المصري قد تردد في عهد التقنين المدني القديم^(٢) . فلا مجال للتردد في ظل التقنين المدني الجديد ، ففيه نص صريح يقضي بأن جميع الدعاوى التي لا يطالب فيها بحق عيني على عقار تكون دعاوى منقولة (م ٢/٨٣ مدني) .

المبحث الثاني

الحق العيني

المطلب الأول

خصائص الحق العيني

١١٥ - خصائص الحق العيني زرع إلى أنه هذا الحق هو سلطة

مباشرة للشخص على شيء معين : قدّمنا أن الحق العيني هو سلطة مباشرة للشخص على شيء معين ، ومن هذا الوضع نستمد أهم خصائص الحق العيني :
١ - فلأن الحق العيني هو سلطة مباشرة للشخص على شيء معين ، كان محل الحق العيني هو البارز في حين أن المدين بالحق العيني يختفى :

٢ - ولأن الحق سلطة على الشيء ، أمكن لصاحبه التخلي عن الشيء إذا أراد التخلص من الالتزامات العينية الواجبة عليه بحكم ملكيته للشيء .

(١) انظر في هذا المعنى محمد عل عرفة فقرة ٩٠ - وقارن محمد كامل حرسى ١ ص ٩١ و ص ٩٢ .

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدني القديم ، بأن الدعوى التي يطلب فيها فسخ عقد بيع أو الحكم ببقاء أن هي دعوى عينية شخصية يجوز رفعها أمام المحكمة التي في دائرتها للمعار المبيع (استئناف بمصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٢ ص ١٣٦) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن الدعوى المقامة ببطان عقد بيع عقار ما وبحر ما يترتب عليه من تسجيلات هي دعوى عينية يجب رفعها إلى المحكمة الكائن في دائرة اختصاصها محل المعار المذكور (استئناف أسيوط ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٣٢) . وقضت أيضاً بأن الطلب ببطان عقود البيع يستند إلى حقين ، أحدهما شخصي مستفاد من المقدور المطلوب بطلانها ، والثاني هنيئاً أساسه الحق العيني للذي يسترده رافع الدعوى كنتيجة لانحلال تلك العقود (استئناف أسيوط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٣) .

٣ - ولأن الحق سلطة على الشيء ، أمكن أن تقوم الحيازة المادية في الحقوق العينية .

٤ - وهذه السلطة على الشيء تمكن صاحب الحق العيني من تتبعه في أي يد كان الشيء .

٥ - وكذلك تمكن هذه السلطة صاحب الحق العيني من التقدم على غيره في الشيء محل الحق .

ونستعرض تباعا هذه الخصائص الخمس ، وهي من أهم خصائص الحق العيني .

١١٦ - محل الحق العيني هو البارز أما المبرع بالحق فمختفى : سبق أن قررنا^(١) أن المهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين ، إذ لا مدين في الحق العيني كما قدمنا ، بل هو تعيين الشيء محل الحق إذ لا يمكن أن يترتب حق عيني إلا على شيء معين بالذات . أما المهم في الحق الشخصي فليس تعيين الشيء محل الحق إذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصي بشيء غير معين إذا كان قابلا للتعيين ، وإنما المهم في الحق الشخصي هو تعيين المدين إذ لا يقوم حق شخصي إلا بمدين يترتب في ذمته الالتزام . ولما كان تعيين المحل هو أمر جوهري في الحق العيني ، فإنه لا يتصور قيام حق عيني دون أن يتعين محله . ومن ثم لا يمكن أن نتصور مالكا لشيء مستقبل ، أو لشيء غير معين بالذات على أن يعين فيما بعد . وكل ما يمكن تصوره في هذا الصدد أن يكون الشخص دائئا - لا مالكا - بشيء مستقبل أو بشيء غير معين بالذات ، ففي الدائنة (أي في الحق الشخصي) لا يهم أن يكون المحل معين بالذات وإنما المهم أن يكون المدين هو المعين بالذات^(٢) ، وهذا على خلاف الحق العيني فيما قدمناه . كذلك يختلط الحق العيني بمحله المعين بالذات ، ويشاركه في قيامه كيانا مستقلا واجب الاحترام على الناس كافة ، فهو حق مطلق يحتاج به على الجميع (erga omnes) . وهذا بخلاف الحق الشخصي فهو حق نسبي إذ هو رابطة بين شخصين ، فلا يحتاج به في الأصل إلا على هذين الشخصين^(٣)

(١) انظر آتفا فقرة ٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣ - كاربونييه ص ٣٦ .

(٣) كاربونييه ص ٣٦ .

١١٧ - التخلي عن الشيء في الحق العيني : وإذا أصبح صاحب الحق العيني ملتزماً بالتزامات عينية بسبب هذا الحق العيني ، فإنه يستطيع التخلي (déguepissement, délaissement) عن حقه فيتمخلص بذلك من هذه الالتزامات العينية^(١) ، في حين أن هذه الالتزامات العينية لو كانت التزامات شخصية لم يكن يستطيع أن يتمخلص منها حتى بالتخلي . ذلك أن الالتزام الشخصي رابطة فيما بين شخصين ، فالمدين لا يستطيع أن يتمخلص من هذه الرابطة إلا برضاء الدائن ولو تخلى عن الشيء الذي يتعلق به الالتزام الشخصي . أما الحق العيني فسلطة للشخص على الشيء ، فيجوز لصاحب هذه السلطة أن يتخلي عنها بإرادته وحده ، ومتى تخلى عنها فقد زال سبب وجوب الالتزامات العينية ، ومن ثم يتمخلص منها^(٢) كما سبق القول .

١١٨ - الحيابة في الحق العيني : والحق العيني قابل للحيابة المادية ، وبخاصة حق الملكية ، إذ يجوز صاحب الحق الشيء محل الحق حيابة مادية وتكون هذه الحيابة هي عنوان السلطة القانونية التي يباشرها صاحب الحق على الشيء . ومن أجل ذلك أمكن أن يتملك الشخص الحق العيني بالتقادم ، فإن هذا الحق قابل للحيابة المادية ، فتى انقضت المدة اللازمة للتقادم كسب الحائز الحق . أما الحق الشخصي فهو رابطة ما بين شخصين ، فحيابته إذا أمكن تصورهما ، فإنها تتصور على نحو آخر غير النحو الذي تتصور عليه الحيابة المادية للحق العيني . ذلك أن حيابة الحق الشخصي إنما تكون لا بموجب حيابة مادية حقيقية ، بل بموجب أن يظهر الشخص مظهر صاحب الحق الشخصي فيستعمله كما لو كان هو صاحبه حقيقة . ومن ثم لا يتملك الحق الشخصي بالتقادم ، فإن التقادم يقتضى حيابة مادية^(٣) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٠٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧ - وقد سبق لنا تعليل عدم إمكان كسب الحق الشخصي بالتقادم تعليلا آخر في الجزء الأول من الوسيط ، فقلنا : « وبلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الحيابة ، وهي التي يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالحيابة ترد على -

١١٩ - التتبع في الحق العيني : صاحب الحق العيني يتبعه ، ليس في يد المالك فحسب ، بل أيضاً في يد أى شخص آخر انتقلت إليه الملكية من المالك ، وهذا ما يسمى بحق التتبع (droit de suite)

ففيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية ، لا يتصور أن يتتبع حق الملكية في يد من انتقل إليه هذا الحق ، إلا إذا قبل إن حق التتبع يستعمل هنا إذا انتقلت حيازة الشيء ، لا ملكيته ، فعند ذلك يستعمل المالك حق تتبعه تحت يد من انتقلت إليه الحيازة (١) . ولكن استرداد المالك الشيء من تحت يد الحائز ليس في الواقع من الأمر استعمالاً لحق التتبع ، بل هو استعمال مباشر لحق الملكية ذاته في صورة دعوى الاستحقاق المألوفة . وإنما يظهر حق التتبع فيما عدا حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . فإذا كان لشخص حق انتفاع أو حق ارتفاق ، فإنه يستطيع أن يستغل حقه العيني ، لا تحت يد مالك العين فحسب أى مالك الرقبة أو مالك العقار المرتفق به ، بل أيضاً تحت يد من تنتقل إليه ملكية العين من هذين . فيتتبع صاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق حقه تحت يد مشترى الرقبة في حالة حق الانتفاع ، أو تحت يد مشترى العقار المرتفق به في حالة حق الارتفاق .

ويظهر حق التتبع في وضوح أكبر في الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز . فالدائن المرتهن أو ذو الحق الممتاز يستطيع أن ينفذ على العين المرهونة أو العين محل الامتياز ، ليس فحسب وهي تحت يد مالك العين ، بل أيضاً إذا انتقلت ملكية العين إلى مالك آخر وهي تحت يد المالك الجديد . فهو يتتبع العين تحت يد أى شخص انتقلت إليه ملكيتها ، في حين أنه لو كان دائناً عادياً لأرهن له ولا امتياز لما أمكنه أن يتتبع العين إذا خرجت من ملكية صاحبها ، إذ تكون بذلك قد خرجت من ملكية المدين ، أى خرجت من الضمان العام للدائن .

= كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب في تمنع من كسب الحق الشخصي بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية إلا نادراً ، فقد أغفلته الصناعة القانونية . وهي لم تغفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك ، كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفي الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته ، (الوسيط ١ طبعة أول فقرة ٦ ص ١٠٦ هامش ١) .

(١) انظر في هذا المعنى كاربونييه ص ٣٦ - ص ٣٧ .

١٢٠ - **التقدم في الحق العيني** : وصاحب الحق العيني يتقدم أيضاً بحقه على من عداه من أصحاب الحقوق العينية ممن هم أنزل منه مرتبة وعلى أصحاب الحقوق الشخصية إطلاقاً ، وهذا ما يسمى بحق التقدم (droit de préférence) . فإذا ما اشترى شخص من شخص آخر عينا وأعسر البائع ، فإن المشتري وهو مالك العين أى صاحب حق عيني عليها يستأثر بالعين وحده ويستردها ، متقدماً في ذلك على دائي البائع الشخصيين ممن ليس لهم حق عيني على العين المباعة ، إذ خرجت العين بالبيع من ضمانهم العام^(١) . وإذا ترتب لشخص حق انتفاع على عقار مملوك لغيره ، وبعد تسجيل هذا الحق رتب مالك العقار حق انتفاع آخر أو حق ارتفاق على العقار ، فإن صاحب حق الانتفاع الأول يتقدم على صاحب حق الانتفاع الثاني أو على صاحب حق الارتفاق لأنهما أنزل منه في المرتبة .

ويظهر حق التقدم ، كما يظهر حق التبع ، في وضوح أكبر في الحقوق العينية التبعية . فالدائن المرتهن يتقدم ، في التنفيذ على العين المرهونة وهي في يد الراهن ، على أى دائن شخصي للراهن وعلى أى دائن ذى حق عيني تبعي (دائن مرتهن آخر أو دائن له حق امتياز) متأخر عنه في المرتبة . فإذا انتقلت العين المرهونة من ملكية راهنها إلى ملكية شخص آخر ، وعليها عدة رهون متوالية ، فإن الدائن المرتهن الأول يستعمل أولاً حق التبع للتنفيذ على العين وهي في يد المالك الجديد على النحو الذي قدمناه ، ثم يستعمل حق التقدم فيتقاضى حقه من العين المرهونة قبل الدائنين المرتهنين المتأخرين عنه في المرتبة .

(١) كاربونييه ص ٣٧ - وقارن إسماعيل غانم في رسالته في الذمة المالية ص ٩٦ - ص ٩٧

ويورد المثل الآتي في استعمال المالك لحق التقدم : يبيع العيني غير مملكها ، ويملكها المشتري إما بالتقادم القصير في العقار ، أو بالحيازة في المنقول ، أو يكون البائع هو الوارث الظاهر . فيتقدم المالك الحقيقي في هذه الأحوال على سائر دائني البائع في الثمن الذي يكون في ذمة المشتري (إسماعيل غانم في الذمة المالية ص ٩٧) . وقد رد على ذلك بأن المالك هنا لا يباشر حق التقدم ، وإنما الثمن قد حل محل أمين حلولاً عنها ، وبدلاً من أن يسترد المالك العين ذاتها يسترد الثمن الذي حل محلها .

الطلب الثاني

الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر
تقسيمها ومفردات كل قسم

١٢١ - مفرد في فرنسا فيما إذا كانت الحقوق العينية المذكورة

على سبيل الحصر : هناك خلاف في الرأي في فرنسا ، فبعض الفقهاء يذهب إلى أن الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر وأنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى غير التي ذكرها القانون بموجب اتفاق خاص ، وبعض آخر يذهب إلى العكس من ذلك ويقول إن الحقوق العينية المبينة في القانون مذكورة على سبيل الحصر فلا يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى غيرها باتفاق خاص . ويلاحظ أن القائلين بأن الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر يوردون على رأيهم هذا من التحفظات ما يجعل النتيجة العملية لهذا الرأي جد محدودة ، فيقتربون كثيراً من الرأي القائل بأن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر .

١٢٢ - الرأي الأول في فرنسا - الحقوق العينية غير مذكورة

على سبيل الحصر : يذهب هذا الرأي إلى أن الحقوق العينية التي ذكرها القانون ليست هي كل الحقوق العينية الممكنة ، بل إنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى باتفاقات خاصة ، كما يمكن باتفاقات خاصة كذلك إدخال تعديلات على الحقوق العينية التي ذكرها القانون^(١) . وكل هذا إنما يكون في حدود النظام العام والآداب ، فلا يجوز بوجه خاص إعادة الحقوق العينية التي كانت سائدة في العهود الإقطاعية ، فهذه قد قضت عليها الثورة الفرنسية إلى غير رجعة ، والاتفاق على إعادتها يعتبر مخالفاً للنظام العام^(٢) .

(١) والفقه الإيطالي يذهب إلى هذا الرأي (Franchetti : Archivio giuridico vol.

VII p.p. 201 - 232, 369 - 408)

(٢) ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي بودرى وشرفو فقرة ١٩٣ - بلانيول وبيير

وبيكار ٣ فقرة ٤٨ - بنكاز ٥ فقرة ٩٧ ص ١٧٧ وما بعدها - مارتى ورينو فقرة ٨ - بيير

في لمة التعليم العالي البورجونية سنة ١٨٩٧ ص ١٨٤ - ص ١٨٨ - بيير في استعمال حق الملكية

رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ ص ١٧٨ - برسيرو وتالير في الإفلاس ١ ص ١١٤ .

على أن القائلين بهذا الرأي يحددون كثيراً من إطلاق رأيهم بما يملكون من مخفضات . فيذكرون أنه يتعذر الاتفاق على إنشاء حق عيني جديد يكون مستحدثاً استحداثاً تاماً ، ولا صلة له بحق عيني معروف من قبل . ذلك أن الحق العيني من شأنه أن يحتاج به على الكافة ، فلا بد من شهره لتكون له هذه الحجية . فإذا كان الحق العيني مستحدثاً استحداثاً تاماً ، تعذر شهره من الناحية العملية . لذلك لا يتوقع إنشاء حقوق عينية جديدة ، وكل ما يمكن وقوعه هو أن يدخل الاتفاق شيئاً من التحويل على الحقوق العينية المعروفة ، فيتفق المتعاقدان على توسيع حق عيني معروف أو على تضيقه^(١) .

١٢٣ - الرأي الثاني في فرنسا - الحقوق العينية المذكورة على

سبيل الحصر : ويذهب هذا الرأي إلى أن الحقوق العينية يعينها القانون ، ولا يمكن باتفاق خاص الزيادة عليها أو التعديل فيها^(٢) . وذلك لسببين : أولهما أن الحق العيني بطبيعته حجة على الناس كافة ، فلا يجوز أن ينشأ الاتفاق ، وهو بطبيعته مقصور الحجية على طرفيه ، حقاً عينياً يكون حجة على الكافة . والسبب الثاني أن الحقوق العينية وعلى رأسها حق الملكية ، وكذلك تنريع حقوق عينية من حق الملكية ، سواء كانت حقوقاً أصلية أو حقوقاً تبعية ، كل هذا يعتبر من النظام العام إذ يقوم عليه الإثمان الاقتصادي القومي . فالقانون وحده هو الذي يحدد ذلك ، ويحدد للملكية مداها ، ويضع لها قيودها . ويفرع منها ما يرى تفريعه من الحقوق العينية . ولا شأن لإرادة الأفراد في ذلك ،

(١) انظر في هذا المعنى پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٨ ص ٥٥ - مارك ورينو فقرة ٨ .

(٢) والفقه الألماني يذهب إلى هذا الرأي (Endemann : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1905 p. 47) . وتنص المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدني الأرجنتيني صراحة على أن الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر .

ولعل المشرع الفرنسي الحديث قد أراد حسم هذا الخلاف ، عندما أصدر قانون أول يورنيه سنة ١٩٢٤ القاضي بـسريان التشريع المدني الفرنسي على الألباس والثورين ، إذ قرر أن الحقوق العينية المقاربية هي وحدها التي ينص عليها القانون الفرنسي :

(Les seuls droits réels immobiliers sont ceux que prévoit la loi française)
انظر السهرى وحشمت أبو ستيت في أصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٠ .

وإذا سيطر سلطان الإرادة في منطقة العقود والحقوق الشخصية ، ففي الحقوق العينية لا سلطان للإرادة ، ولا مجال للاتفاقات الخاصة بين الأفراد (١) .

١٢٤ - في مصر الإجماع منقذ على أنه الحقوق العينية مذكورة

على سبيل المحصر : أما في مصر فالفقه مجمع على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل المحصر ، فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حقوق أخرى غير التي ذكرها القانون (٢) . ويورد الفقه المصري الحجج الآتية للتدليل على صحة ما ذهب إليه :

أولاً - لمس المشرع المصري ، في التقنين المدني القديم ، العيوب التي تشوب نص التقنين المدني الفرنسي ، فأراد تلافئها . ومن ثم أكمل تعداد الحقوق العينية في نص المادة ١٩/٥ ، وصدر هذه المادة بعبارة توحى بأنه أراد أن يحسم الخلاف في هذا الشأن ، فقال : « تقبل الأموال أن يترتب عليها حقوق متنوعة بالنسبة للمتنعين بها . وهذه الحقوق هي : أولاً - حق الملكية . ثانياً - حق الانتفاع . ثالثاً - حق الارتفاق بعقار الغير . رابعاً - حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله

(١) ومن أئفقهاء الذين يقولون بهذا الـ أى : أوبرى ورو وبارتان ٢ فقرة ١٧٢ ص ٧١ وهامش ١ (رابعا) - پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٠٦ وفقرة ٣٧٨٨ - چيرسزان ١ فقرة ١٣٣٧ - بيذان وفواران فقرة ٧٠ - مازو ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ١٠٥٣ .

(٢) نقول إن الفقه في مصر قد انمقد إجماعه على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل المحصر . وقد تجاوزنا فيما قررناه عن رأى ظل وحيداً في الفقه المصري ، هو رأى الأستاذ عبد المعطى خيال ، إذ هو يذهب إلى أن الحقوق العينية كالحقوق الشخصية غير محصورة ، ويقول في هذا المعنى : « والذي نراه هو أن الحقوق العينية ليست محصورة في القانون ، وأنه يجوز للعاقدين إنشاء حقوق عينية غير المذكورة فيه . وذلك أن الحق المينى سلطة تنصب مباشرة على مال . وقد تكون كاملة شاملة كحق الملكية ، وقد تكون محدودة أضيق من ذلك نطاقا . وليس ثمة ما يمنع من تجزئة تلك السلطة الكاملة إلى غير الأوضاع التي ذكرها القانون ونظمها ، لعدم مخالفة ذلك للنظام العام ولا لـ حسن الآداب . أما القول بأن الحق العيني يفرض التزاما على الكافة باحترامه ، وأنه لا وجود لهذا الالتزام إلا في الصور التي ذكرها القانون ، فقول مردود لأنه يستند إلى التصور الشخصى للحق العينى . هو تصور غير سليم . ثم إن القانون قد أوجب حماية حق الملكية ، والحقوق العينية الأخرى التي يمكن أن ينشئها الأفراد تكون حتماً متفرعة منه . والحماية المقررة للكل تنسحب بداهة على كل جزء من أجزاء هذا الكل ، وهكذا تكون الحقوق الفرعية واجبة الاحترام ... » (عبد المعطى خيال في الأموال - لم يتم - رقم ٩٥ ص ٨٢ - ص ٨٣) .

على دينه وحق الحبس . ويقول الأستاذ محمد على عرفة تعقيباً على ذلك : « ويكنى - في اعتقادنا - مجرد النظرة العابرة في صياغة النصوص ، لنخرج بنتيجة قاطعة هي أن الحقوق العينية قد وردت في تشريعنا على سبيل الحصر لا على سبيل المثال . وبالرغم من أن المشرع لم يورد في التقنين الحديد نصاً مقابلاً للمادتين ١٩/٥ من القانون المدني القديم ، فليس ثمة ما يدعو إلى الاعتقاد بأنه أراد الخروج على الوضع القديم » (١) .

ثانياً - أن الحق العيني ، خلافاً للحق الشخصي ، يحتاج به على الكافة ولا يقتصر أثره على طرفي التعاقد . ولا يمكن إخضاع الكافة لاتفاق ينشئ حقاً عينياً لم ينص عليه القانون ، لأن هذا الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره لا بالنسبة إلى طرفيه (٢) .

ويأخذ بعض الفقهاء على هذه الحجة أن الحق الشخصي كالحق العيني فيما يتعلق بالاحتجاج به على الغير ، إذ يوجد في مقابل كل منهما واجب على الكافة باحترام الحق ، ولم يقل أحد إن إمكان الاحتجاج بالحق الشخصي على الكافة من شأنه أن يمنع الأفراد من الاتفاق على ما يشاؤون من حقوق شخصية (٣)

(١) محمد على عرفة فقرة ١٨ ص ٣٠ - ص ٣١ .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ١٦ ص ٣٠ - ويقول رداً على الأستاذ عبد المعطى خيال فيما سبق أن أوردناه عنه : « وقد قالوا أخيراً إن هذه الحقوق العينية يمكن الاحتجاج بها على الغير لأنها متفرعة عن حق الملكية ، والغير مطالب أصلاً باحترام حق الملكية ، فلأن يطالب باحترام الحقوق المتفرعة عنه أولى . وفي هذا الاستدلال مغالطة يجب الكشف عنها . إن الذي يطلب من الكافة هو احترام حق الملكية الذي يكون مقررراً لشخص معين على صورته الكاملة . وإذا ما اقتطع جزء من هذا الحق لمصلحة شخص آخر ، وجب أن يتخذ هذا الاقتطاع صورة من الصور التي رسمها القانون . وذلك لأن الأجزاء المقتطعة ، متى أصبحت حقوقاً مستقلة ، تكون هي الأخرى نافذة في حق الكافة ومقررة لأفراد معينين . ولن يطلب بعد ذلك من الكافة احترام حق الملكية إلا على هذه الصورة الهزأة ، وباعتباره حقاً مبتوراً لاحقاً كاملاً . وإذا كان الأمر كذلك ، فكيف يقال إن الناس يلتزمون باحترام الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ولو لم تكن متفقة مع أحكام القانون لمجرد أنها أجزاء من حق الملكية الواجب احترامه ! إن احترام حق الملكية في هذه الصورة لا يقتضى منهم سوى عدم الاعتراف بالحقوق التي تولدت عنه ولم تكن نافذة في حقهم . هم مكلفون في هذه الصورة باعتبار حق الملكية باقياً على ذمة المالك ، ولا يمكن في مواجهتهم الاحتجاج بالحقوق المتفرعة عنه التي لم تصب في الغالب القانوني الموضوع لها » (شفيق شحاتة فقرة ١٦ ص ٣١ - ص ٣٢) .

(٣) منصور مصطفى منصور ، في نظرية الحق ص ٦٤ - إسماعيل عني في النظرية العامة للحق

ص ٤٨ - جميل الشراوى في نظرية الحق ص ٤٥ .

ولكن هذا الاعتراض غير محاسم . فأصحاب الحجة المتقدمة لا يكتفون في إيراد حجتهم بالقول إن الحق العيني يحتاج به إلى الكافة ، بل هم يضيفون إلى ذلك — وهذا هو الأهم — أن الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره إلا بالنسبة إلى طرفيه . فالاتفاق على إنشاء حق شخصي ، إذا اقتصر أثره على الدائن والمدين ، فلاضير من ذلك فإن الحق الشخصي رابطة شخصية ما بين الطرفين ، فإذا لم تكن هذه الرابطة نافذة في حق الغير فليس على الغير احترامها . أما الاتفاق على إنشاء حق عيني جديد غير الحقوق التي ذكرها القانون ، فإنه اتفاق مقصور أثره على طرفي الاتفاق ، ومع ذلك يراد به أن ينشئ حقاً يمتد أثره إلى الكافة سواء علمه الناس أو جهلوه . وإذا قيل إن الناس يفرض علمهم بالحق العيني إذ أن الاتفاق الذي أنشأ هذا الحق لا بد من تسجيله أو من قيده ، أمكنت الإجابة على ذلك بأن التسجيل أو القيد لا يرد إلا على الحقوق العينية الأصلية أو التبعية التي عرفها القانون وحددها .

ثالثاً — أن ترتيب الحقوق العينية الأصلية والتبعية وتعيين آثارها أمر يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يكون الاتفاق على ترتيب حقوق عينية جديدة مخالفاً للنظام العام فلا يجوز . ذلك أنه بالنسبة إلى الحقوق الأصلية ، يعتبر الحق العيني المتفرع عن الملكية اقتطاعاً لبعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر ، وتجزئة السلطات على الشيء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصادياً إذ هي تؤدي إلى سوء استغلال الثروة . أما بالنسبة إلى الحقوق لتبعية ، ويعيننا منها الرهن بنوعيه فهو الذي ينشأ بالاتفاق ، فهذا قد وضع له المشرع قواعد للتوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير ، وكلها قيود تتعلق بالنظام العام ، إذ هي تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادي (١) ، فيكون الاتفاق على إنشاء حق عيني تبعية دون مراعاة

(١) ويقول الأستاذ إسماعيل غانم في هذا الصدد : « فبالنسبة للحقوق الأصلية ، إن إنشاء حق عيني لم ينص عليه المشرع يعني اقتطاع بعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر على رجة يختلف عما تتضمنه الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية التي عني المشرع بالنص عليها . وتجزئة السلطات على الشيء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصادياً ، إذ هي تؤدي إلى إساءة استغلال الثروات . ولذلك نرى المشرع قد نظم الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية تنظيمًا من شأنه أن يقلل من هذا الخطر ... والاتفاق على إنشاء حق عيني جديد يؤدي إلى توزيع السلطات =

هذه القيود اتفاقا باطلا لمخالفتها للنظام العام^(١) .
والحق أن المشرع ، عندما نظم الحقوق العينية ، إنما نظمها حقا حقا ،
وأحصاها إحصاء استقصاء لا إحصاء تمثيل . فهو قد اقتطع أولا من حق الملكية
سائر الحقوق الأصلية المتفرعة عنه . وقدها على القالب الذي أراده ورآه
متفقا مع المصلحة العامة . فبدأ بحق الانتفاع ، وهو أوسع الحقوق العينية
الأصلية بعد الملكية ، إذ جعل للمنتفع جميع حقوق المالك فيما عدا الرقبة ،
ولكنه أراد تقييد هذا الحق حتى لا يختلط بالملكية ، فجعله موقوتا حتما بحياة
المنتفع ، فإذا مات هذا رجع حق الانتفاع إلى مالك الرقبة والتأمت الملكية
بجزئها كما كانت من قبل . ثم عمد إلى حق الانتفاع هذا ، فضيق فيه على إحدى
صورتين . الصورة الأولى هي حق الاستعمال ، وهو حق الانتفاع منقوصا
منه حق التصرف في الحق ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال أن يستعمل الحق
إلا بنفسه ، ولا يصح أن ينزل عنه للغير . والصورة الثانية هي حق السكنى ،
وجعله كحق الاستعمال لا يجوز النزول عنه ، وزاد في التضييق بأن جعل حق
السكنى مقصورا على عقار صالح للسكنى كما يستفاد من الاسم نفسه . ووقف
المشرع عند ذلك فلم يجز أن يقتطع من حق الملكية ، باتفاق خاص بين

= على الشيء على وجه يختلف عن الوجه الذي ارتضاه المشرع ، وهو بهذا الوصف اتفاق باطل لمخالفتها
للنظام العام - أما الحقوق الدينية التبعية ، فلا يعنينا منها هنا ، ونحن بصدد بيان مدى حرية الأفراد
في الاتفاق على إنشاء حقوق عينية لم ينص عليها القانون ، إلا حق الرهن بنوعيه ، فهو وحده الذي
ينشأ بالاتفاق . وقد رأينا أن المشرع قد وضع عدة قواعد لتنظيمه ترمى إلى التوفيق بين مصلحة الدائن
المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير وكلها تضع قيودا وشروطا متعقبة بالنظام العام ، إذ هي
تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادي القائم . ولذلك فإن الاتفاق على إنشاء حق عيني تبعية
دون مراعاة هذه القيود أو الشروط اتفاق باطل . لمخالفتها لنظام العام (إسماعيل غانم في النظرية
العامة للحق ص ٤٨ - ص ٤٩) .

(١) انظر في الفقه المصري وهو يقول بأن الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر :
السنهوري وحشمت أبو ستيت في أصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٢٨٤ - محمد علي عرفة فقرة
١٦ - فقرة ٢١ - محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٩٦ - شفيق شحاتة فقرة ١٦ - عبد المنعم البدر اوى
فقرة ٤ - حسن كيرة فقرة ١٥ ص ٤٨ - ص ٥٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤ - سليمان
مرفس في المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥ - إسماعيل غانم في النظرية
العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ٤٧ - ص ٥٠ - منصور مصطفى منصور في المدخل للعلوم القانونية
سنة ١٩٦٢ ص ٦٣ - ص ٦٦ - عبد الحى حجازى في نظرية الحق ص ٦٩ - ص ٧٠ -
عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦ - أحمد سلامة في نظرية الحق ص ٣١٥ .

الأفراد ، حق انتفاع بالشئ دون أن يكون هذا الحق حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى . ولو فعل ، لتعددت حقوق الانتفاع بالشئ إلى غير حصر ، وليس هذا في مصلحة نظام الملكية واستقرارها . ثم أورد المشرع حق الحكر ، وقا. استقاه من الفقه الإسلامى ، وصاغه بحسب قواعده . وهو حق عينى معروف فى مصر منذ القديم ، مارسته الناس فى معاملاتهم فأصبح مألوفاً . ومع ذلك فقد ضيق المشرع منه بقدر الاستطاعة ، وقصره من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد على الأراضى الموقوفة (م ١٠١٢ مدنى) . فلم يعد من الممكن ، باتفاق خاص ، بعد العمل بالتقنين الجديد ، إنشاء حق حكر على أرض غير موقوفة ، وهذا قاطع فى أن الحقوق العينية إنما وردت على سبيل الحصر . وقد كان مشروع التقنين المدنى الجديد ينظم حقاً عينياً آخر قريباً من حق الحكر ، هو حق القرار^(١) . وقد رأت لجنة مجلس الشيوخ ، وأقرها البرلمان على ما رأته ، أن تحذف حق القرار هذا^(٢) . أرأيت ، بعد أن حذف حق القرار من المشروع ، لو أن الأفراد أردوا أن ينشئوه باتفاقاتهم الخاصة ، أيجوز لهم ذلك ؟ لاشك فى أن هذا لا يجوز^(٣) ، وهذا دليل آخر قاطع فى أن الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر ، ولايجوز باتفاق

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، تبريراً لاستحداث هذا الحق ، ما يأتى : « استحدث المشروع حق القرار لمواجهة حالة خاصة ، فقد يحتاج شخص للانتفاع بأرض مدة طويلة ، يبنى فيها أو يفرس ، ولا يكفيه فى ذلك أن يستأجر الأرض فإن حق المستأجر لا يكفل له القدر الكافى من الاستقرار . ولا يريد صاحب الأرض أن يحكرها ، فإن الحكر تصرف خطير لا يبرره إلا أن الأرض مخربة والحكر هو الوسيلة إلى استصلاحها . فيختار الطرفان عقد القرار ليكون وسطاً بين الإيجار والحكر ، وليترتب للمتفع بالأرض حق عنى لمدة طويلة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١)

(٢) وجاء فى محضر لجنة لمس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : « تليت المواد الخاصة بحق القرار فاعترض عليها ، ورؤى أن حق القرار حق جديد على المصريين ، ولا يوجد ما يبرره فى البيئة المصرية ، وينبئ عنه حق الحكر والإيجار ... وبعد مناقشة رؤى حذف المواد الخاصة بحق القرار ، تفادياً من وضع أحكام مختلفة لصور متقاربة ، ولأن نظام الحكر فى مصر يواجه بعض الحاجة والإجارة الطويلة بما تتضمنه من شروط تواجه الباقى . وإذا وجدت بعض مصلحة فى سيرة ، لا تتطلب استبقاء أحكام هذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١) .

(٣) (قارن سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥)

خاص إنشاء حق عيني جديد . وتأتى بعد ذلك حقوق الارتفاق . وقد قصت المادة ١٠١٩ مدنى بأن « تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها . . » ، فأعطى القانون للاتفاق ما بين الأفراد هنا مجالا واسعا فى تقرير حقوق الارتفاق وفى تحديد القواعد التى تخضع لها هذه الحقوق . ولعل هذا الباب هو أوسع باب تدخل منه الاتفاقات الخاصة على الحقوق العينية ، إذ يستطيع إنشاء حقوق ارتفاق متنوعة غير محصورة بموجب اتفاق خاص . ومع ذلك فإن إنشاء حقوق ارتفاق بموجب اتفاقات خاصة خاضع دائما للقواعد الأساسية التى تحكم حقوق الارتفاق . ولا يجوز باتفاق خاص مخالفة هذه القواعد . وأول هذه القواعد أن حق الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره . بملكه شخص آخر (م ١/١٠١٥ مدنى) . فلا يجوز إذن أن يتقرر حق ارتفاق لمصلحة شخص لا لمصلحة عقار . وإلا كان هذا حق انتفاع ووجب خضوعه لقواعد حق الانتفاع . وأهمها أن يكون حقا موقوتا حتما بحياة المنتفع . ومن القواعد الأساسية فى حقوق الارتفاق أن « لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق . أو لم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (م ١٠٢٩ مدنى) .

وكذلك فعل المشرع فى الحقوق العينية التبعية . فهذه أيضاً نظمها وحصرها فى حقوق معينة لا تجوز الزيادة عليها باتفاق خاص . فحق الاختصاص إنما يكون بحكم قضائى لا باتفاق . وحقوق الامتياز إنما تنشأ بنصوص قانونية ولا يجوز إنشاؤها باتفاق .بقى الرهن الرسمى ورهن الحيازة . وهذان ينشآن باتفاق خاص ، ولكن على النحو الذى حدده القانون وبموجب القواعد التى وضعها لذلك . وكل هذا يعتبر من النظام العام . لأنه ينظم الائتمان الاقتصادى ، فإذا حرم القانون مثلاً أن يرد رهن الحيازة على عقار وقصر هذا الحق على المنقول . لم يجوز باتفاق خاص ترتيب رهن حيازة على العقار . وهذا دليل قاطع فى أن الحقوق العينية التبعية إنما وردت على سبيل الحصر ، فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حق جديد . وقد حرم القانون فعلاً بيع الوفاء . لأنه العادة بسنر رهنا وبخالف فى الوقت ذاته أحكام الرهن ، فلا يجوز باتفاق

خاص العودة إلى بيع وفاء ، وكل اتفاق على بيع وفائي يكون باطلا لمخالفته للنظام العام (١) .

ومن ذلك يتبين في وضوح أن الحقوق العينية — أصلية كانت أو تبعية — قد ذكرها القانون على سبيل الحصر . فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حق عيني جديد ، ولا التعديل من أحكام الحقوق العينية الموجودة إذ أن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام .

١٢٥ — تقسيم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية ومفردات كل قسم :
ولما كانت الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر على النحو الذي قدمناه ، لم يبق إذن إلا تعداد هذه الحقوق حقا حقا . وقبل ذلك نقسمها قسمين :
حقوقا عينية أصلية وحقوقا عينية تبعية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا التقسيم :
« جمع المشروع في القسم الثانى منه الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ثم قسمها بين كتابين ، للأصلية كتاب وللتبعية كتاب آخر ، لأن لكل من هذين النوعين من الحقوق مميزات خاصة . فالحقوق الأصلية قائمة بذاتها لا تحتاج في قيامها إلى شخص آخر تستند إليه ، وهى حقوق يغلب فيها الدوام ، بل إن حق الملكية وهو الحق الذى تنفرع عنه كل الحقوق الأصلية هو حق دائم لا يزول . أما الحقوق التبعية فلا تقوم بذاتها ، بل تستند في قيامها إلى حق شخصي تضمن وفاءه ، ومن أجل هذا دُعيت بالتأمينات العينية . وهى حقوق موقته تزول بزوال الدين الذى تكفله ، والديون لا يجوز تأييدها . وتتميز الحقوق التبعية أخيراً بأنها تخول صاحبها التقدم والتبعية ، وهذان لا يظهران في الحقوق الأصلية بالوضوح الذى نراه في الحقوق التبعية . على أن صفة العينية هى التى تجمع بين الحقوق الأصلية والحقوق التبعية . فهذه الحقوق جميعا تشترك في معنى واحد ، هو أن كل حق منها إذا حُلل تكشف عن سلطنة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين . وقد فصل التقنين الحالى (الإقليم) ما بين الحقوق الأصلية ، فجعلها في الكتاب الأول بعد أن ضم لها تقسيم الأموال ، والحقوق

(١) وبعد أن جعل التقنين المدنى الجديد الحق في الحبس دَراً ، وكان حلاً عينياً في التقنين المدنى القديم ، لا يجوز باتفاق خاص إعطاء صفة العينية لهذا الدفع .

التبعية ، فجعلها في الكتاب الأخير بعنوان حقوق الدائنين بعد أن فصل عنها رهن الحيازة (١) .

ومفردات الحقوق العينية الأصلية هي أولا حق الملكية ، وهو الأصل وعنه تنفرع صائر الحقوق العينية الأصلية ، بل تنفرع عنه أيضاً جميع الحقوق العينية التبعية . وينفرع عن حق الملكية حقوق عينية أصلية خمسة : حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق المكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر (٢) .

أما مفردات الحقوق العينية التبعية — أو التأمينات العينية — فهي حق الرهن الرسمي ، وحق الاختصاص ، وحق رهن الحيازة ، وحقوق الامتياز . وقد وزعنا الحقوق العينية على الأجزاء الثلاثة الباقية من الوسيط . فخصصنا الجزئين الثامن والتاسع للحقوق العينية الأصلية : أفردنا هذا الجزء الثامن لحق الملكية ، ومنفرد الجزء التاسع لأبواب كسب الملكية وللحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية . بقيت الحقوق العينية التبعية ومعها عقد الكفالة ، أى التأمينات الشخصية والعينية ، ومنخصص لها الجزء العاشر .

الفرع الثانى

الذمة المالية والحلول العينية

١٢٦ — معنى الذمة المالية والحلول العينية : الذمة المالية هي ما للشخص وما عليه من أموال وديون منظورا إليها كلها كمجموع . وتشمل الأموال جميع الحقوق المالية ، ويدخل في ذلك الحقوق العينية والحقوق الشخصية التى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣ .

(٢) ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة في التقنين المذوق الحقوق الثلاثة الآتية : ١ - حق المستحق في الوفاء ، فهو حق عيني غير الحق الشخصى الذى له في تناقض الفللة من الناظر (انظر في هذا المعنى استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٣٦ إلى المحاماة ١٦ رآهم ٣٣٧ ص ٧١٦) . ويؤمن مباحث اثريفة الإسلامية ، وقد ألقى على كل حال فيما عدا الوفاء الحبرى . ٢ - الحق الذى يرد على الأشياء غير المادية ، كحق المزارع وحق المخترع ، وقد تنازلت تشريعات خاصة منبجها فيما يلى . ٣ - حق استغلال المناجم والمخاجر ، ومنبجته فيما يلى .

وانظر في الحقوق العينية الأصلية وتبويبها في التقنين المذوق عيوب هذا التبويب = المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤ .

بسطناها فيما تقدم ، والحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية التي منبسطها فيما يلي . فالذمة المالية تتصل إذن اتصالاً وثيقاً بالحقوق العينية والحقوق الشخصية التي سبق تفصيل القول فيها ، إذ هي تنتظم في مجموع واحد كل هذه الحقوق ، بل تنتظم أيضاً كما قلنا الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية وهي ما يدعى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية .

وتتصل بالذمة المالية فكرة الحلول العيني . والحلول العيني معناه إجمالا أن يخل مال محل مال آخر في النظام القانوني الذي يخضع له هذا المال الآخر . ويرجع ذلك ، في غير الأحوال التي نص عليها القانون أو الاتفاق ، إلى الفكرتين اللتين تقوم عليهما الذمة المالية فيما سئرى ، وهما فكرة مجموع المال وفكرة تخصيص المال لغرض معين . ومن هنا أمكن أن تتصل نظرية الحلول العيني بنظرية الذمة المالية ، وقد عالج أوبرى ورو النظريتين معا في مكان واحد ، وتبعهما الفقه الفرنسي في ذلك (١) .

ونستعرض كلا من النظريتين .

المبحث الأول

الذمة المالية (*)

(Le patrimoine)

١٢٧ - النظرية التقليدية وقدرها : وضع النظرية التقليدية في الذمة

(١) ينتقد بعض الفقهاء ربط نظرية الحلول العيني بنظرية الذمة المالية (حسن كبيرة فقرة ٤١) ، ولكن أى مكان آخر لنظرية الحلول العيني هو أيضاً محل للنظر . ومهما يكن من أمر فإن الاتصال ما بين نظرية الذمة المالية ونظرية الحلول العيني ، عن طريق فكرتي المجموع من المال والتخصيص ، يشفع في التمسك بالترتيب التقليدي .

(٥) مراجع : أوبرى ورو وإيمان ٩ فقرة ٥٧٣ - فقرة ٥٨٣ - بيدان وقواران ٤ ص ١٢ - ص ٤٤ - بلانيول ورييروبيكار ٣ فقرة ١٥ - فقرة ٣٥ - كاربونيه ص ١ - ص ٩ . رسائل وأبحاث : Jallin رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - Plastera رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - Cazelles رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ - Oazin رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ - Rimpler رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Laborde-Lacoste رسالة من بوردو سنة ١٩١٦ - Gary رسالة من بوردو سنة ١٩٢١ - Merovach في المجلة لفصلية لقانون المبنى سنة ١٩٢٦ ص ٨١١ وما بعدها - إسماعيل غانم رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (طبعت في سنة ١٩٥٧) .

المالية الفقهاء المعروفان أوبرى ورو ، وقد وضعها نظرية مجردة (abstraite) قامت على المنطق المحض . وكانت قوية في بنائها المنطقي إلى درجة استرعت نظر الفقهاء في فرنسا ، وكسبت شهرة كبيرة في الفقه القانوني . ولكنها كانت ، وهي تقوم على المنطق المحض ، لا تنال بما يعترض طريقها من قواعد قانونية وضعية تتعارض معها وتنقضها . لذلك كثر ناقدوها ، بل ووصل نقدها إلى حد محاولة هدمها من الأساس .

ونبدأ بعرض هذه النظرية التقليدية كما بسطها أوبرى ورو ، ثم ننقل إلى ما قبل في نقدها .

المطلب الأول

النظرية التقليدية في الذمة المالية

١٢٨ - العناصر التي تتكون منها الذمة المالية : قدمنا أن الذمة المالية

هي ما للشخص وما عليه من حقوق وديون منظورا إليها كجموع . ويلاحظ أن الحقوق والديون التي تتكون منها الذمة المالية يجب أن تكون ذات قيمة مالية إذ نحن هنا في صدد المال ، ولا شأن للذمة المالية بالحقوق التي تتعلق بالشخص دون ماله .

وعلى ذلك يخرج من الذمة المالية الحقوق والواجبات ذات الصفة السياسية ، وهي التي تدخل في القانون العام لا في القانون الخاص . وهذه هي ما عرف بتسميته بحقوق الإنسان (droits de l'homme) : حق الإنسان في الحياة ، وحقوقه في الحريات العامة ، وما يستتبع هذه الحقوق من واجبات تقابلها^(١) . وهذه الحقوق والواجبات ليست لها قيمة مالية ، وذلك ما لم يقع اعتداء عليها ، فعند ذلك يتمثل جزاء الاعتداء في عقوبة جنائية وهذه لا تدخل أيضاً في الذمة المالية ، أو في تعويض مالي وهذا التعويض هو الذي يدخل في الذمة المالية لأن له قيمة مالية .

ويخرج كذلك من الذمة المالية الولاية على النفس ، فولاية الزوج وولاية

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣٠٨ .

الأب وإن كانتا تدخلان في نطاق القانون الخاص ، إلا أنهما تخرجان من الذمة المالية إذ ليست لها قيمة مالية .

ويخرج أيضاً من الذمة المالية دعاوى الحالة المدنية (actions d'état civil) ، كدعوى الزوجية ودعوى البتة ودعاوى النسب بوجه عام . وهذه الدعاوى في ذاتها ليست لها قيمة مالية ، فلا تدخل في الذمة المالية ، ولكن إذا تفرع عنها حقوق مالية كالحق في الإرث والحق في النفقة فإن هذه الحقوق تدخل في الذمة المالية^(١) .

ويستخلص من ذلك أن العناصر التي تتكون منها الذمة المالية هي الحقوق والديون ذات القيمة المالية ، كما قدمنا . ومن ثم يدخل في الذمة المالية جميع الحقوق العينية الأصاية والتسعة ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن^(٢) . ويدخل في الذمة المالية أيضاً الحقوق الشخصية أو الالتزامات فهي قيمة مالية إيجابية من حيث إنها حقوق ، وقيمة مالية سلبية من حيث إنها التزامات^(٣) . ويدخل في الذمة المالية أخيراً الحقوق المالية الواقعة على الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق الفنان ، وسيأتى تفصيلها فيما يلى . أما الحق الأدبي للمؤلف فحق غير ذى قيمة مالية فلا يدخل في الذمة المالية ، فاذا

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١٠ - ولكن يدخل في الذمة المالية الأشياء ذات القيمة التذكارية للأسرة ، كالصور الفوتوغرافية والمحفوظات والرسائل . ولكنها لا تكون محلاً للقسم بين الورثة ، ما لم تكن ذات قيمة مالية كبيرة كالحجودرات والأثاث ذى القيمة الفنية (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٥٣٥ - نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨-١-٨٤) . ويدخل في الذمة المالية أيضاً الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها ، لأنها تكون محلاً للملكية . أما قدرة الإنسان على العمل في ذاتها ، أى بصرف النظر عما يمكن أن تفلح من قيمة مالية ، فلا تدخل في الذمة المالية (كاربونييه ص ٢ - ص ٣) .

(٢) ويدخل في الذمة المالية أيضاً مجرد الرخص أو الخيارات ، كخيار الشفعة وحق المالك في إقامة بناء على أرضه وحق الشريك في طلب القسمة (نقض مدنى ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة صر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ - شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

(٣) أما الواجب العام الذى يتحمله كل شخص في احترام الحقوق العينية فلا يدخل في الذمة المالية ، لأن هذا الواجب ليس التزاماً بالمعنى الصحيح . فالناحية الإيجابية للذمة تشمل إذن الحقوق العينية والشخصية جميعها ، أما الناحية السلبية فلا تشمل سوى الالتزامات الشخصية (شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٤) .

ما اعتدى عليه ووجب التعويض أصبح التعويض ذا قيمة مالية ودخل في
الذمة المالية .

ولما كانت الذمة المالية تتكون من حقوق وديون ، فإن الحقوق هي
التي تمثل القيمة الإيجابية (actif) للذمة المالية ، وتمثل الديون القيمة السالبة
(passif) لها .

وهناك فكرتان رئيسيتان في الذمة المالية : (١) اندماج عناصر الذمة
المالية في مجموع من المال . (٢) اندماج الذمة المالية في شخصية صاحبها .

§ ١ - الذمة المالية مجموع من المال

١٢٩ - اندماج عناصر الذمة المالية في مجموع من المال : وعناصر
الذمة المالية ، من حقوق وديون مالية على النحو الذي بسطنا ، لا ينظر إليها ،
هند تصور الذمة المالية ، على أنها عناصر منفصلة بعضها عن بعض اكل عنصر منها
منها ذاتيته وكيانه الخاص به ، بل ينظر إليها على أنها جميعا مندمجة في كل
لا يتجزأ . فتفنى ذاتية هذه العناصر في المجموع الذي تكوّن ، وتصبح كلها
مجموعا من المال (universalité) . ولا تدخل هذه العناصر في هذا
المجموع ، بعد أن ذابت فيه ، إلا باعتبار أنها قيم مالية مثابة يحل بعضها محل
بعض في المجموع الشامل . وبذلك يفصل مجموع المال الذي هو الذمة
المالية عن كل من العناصر المادية التي تكوّن ، ويقوم بذاته وحدة مجردة
(entité abstraite) لها كيانه المستقل عن كيانه كل عنصر من عناصرها .
وعندما ننظر إلى الذمة المالية باعتبارها مجموعا من المال منفصلا بكيانه
الذاتي عن كل عنصر من عناصره ، نرى في وضوح أن كل التغيرات التي
تطرأ على هذه العناصر ، والتي يكون من شأنها أن تزيد أو تنقص في القيمة
الإيجابية أو في القيمة السالبة ، لا أثر لها في كيان الذمة المالية ذاته الذي هو
منفصل عنها . فقد تزول الحقوق ويحل محلها حقوق أخرى ، وقد تنقضي
الديون وتجدها مكانها ديون أخرى ، وقد تزيد القيمة الإيجابية على القيمة
السالبة ، بل قد تزيد القيمة السالبة على القيمة الإيجابية ، وتبقى الذمة المالية
هي هي ، على حالها لا تتغير . بل إنه قد لا توجد لا حقوق ولا ديون أصلا ،
ومع ذلك تقوم الذمة المالية منفصلة عن وجود الحقوق والديون وعن انعدامها

فالطفل يوم يولد وليس له مال أصلاً لا من ميراث ولا من وصية ، تكون له مع ذلك ذمة مالية^(١) كما سيأتى .

وهذا الاندماج فى مجموع من المال على النحو الذى بسطناه يفسر ثلاثاً من المسائل الهامة : (أولاً) هذا المجموع من المال الذى هو الذمة المالية هو الضمان العام للدائنين . (ثانياً) ينتقل هذا المجموع من المال ، حقوقاً وديوناً ، بالموت من المورث إلى الوارث . (ثالثاً) تصلح فكرة المجموع من المال أساساً لنظرية الحلول العينية .

ونتناول بالبحث كلا من هذه المسائل الثلاث :

١٣٠ - الشأن الأولى - الذمة المالية هى الضمان العام للدائنين :

تفسر نظرية الذمة المالية أن أموال المدين جميعاً ، الحاضر منها والمستقبل ، ما وجد منها وقت نشوء الدين وما يوجد بعد نشوئه ، ضامنة لجميع ديونه دون تمييز بين دين ودين . أو كما يقال عادة إن الذمة المالية هى الضمان العام لجميع الدائنين (Le patrimoine est le gage commun de tous les créanciers) ، أو بعبارة أدق إن القيمة الإيجابية للذمة المالية هى ضمان للقيمة السلبية .

والذى ينفذ عليه الدائن ويبيعه على مدينه لاستيفاء الدين ليس هو الذمة نفسها ، فإن هذه غير قابلة للحجز ولا للبيع كما سيأتى . وإنما ينفذ على عناصر الذمة الإيجابية ، مالا بعد آخر ، منظوراً إلى هذا المال باعتباره عنصراً من عناصر الذمة المالية التى تضمن الدين . ويستوى فى ذلك المال الذى وجد وقت نشوء الدين وبقي فى الذمة المالية إلى وقت التنفيذ ، والمال الذى وجد بعد نشوء الدين وبقي إلى وقت التنفيذ . ولا يقال إن هذا المال الأخير لم يكن موجوداً وقت نشوء الدين فلا يضمه إذ لم يعتمد عليه الدائن ، ذلك أن الضامن للدين هو الذمة المالية أى هذا المجموع من المال الذى تبنى فيه عناصره كما قدمنا ، فسواء وجد المال وقت نشوء الدين أو جده بعده ، فهو فى الحالين

(١) كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ - والحمل المستكن له هو الآخر ذمة مالية ، فإنه يجوز أن يوصى له بمال معين فتكون له حقوق مالية ، وتوجد له بذلك ذمة مالية (شقيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

عنصر من عناصر النمة المالية وبهذا الوصف يعتبر ضامنا للدين . وعلى العكس من ذلك لا يضمن الدين المال الذى يكون قد خرج من النمة المالية وقت التنفيذ ، حتى لو كان موجودا وقت نشوء الدين . ذلك أن هذا المال ، وقت التنفيذ ، لم يكن عنصراً من عناصر النمة المالية فلا يضمن الدين ، حتى لو كان الدائن قد اعتمد عليه وقت نشوء الدين ، إذ ضمان الدائن إنما هو النمة المالية بما تشتمل عليه من عناصر وقت التنفيذ لا وقت نشوء الدين . وبذلك تكون عناصر النمة المالية بمثابة الأشياء المثلّية (choses fungibles) ما خرج منها يحل محله ما امتجد .

على أن خروج المال من النمة المالية ، ما كان منه موجودا وقت نشوء الدين وما جدّ بعد ذلك ، مشروط بعدم تعدد المدين الإضرار بحقوق الدائن ، وإلا كان للدائن الدعوى البولصية يضعها القانون بين يديه فيجعل تصرف المدين في المال غشا غير نافذ في حقه ، ويعتبر المال باقيا في النمة المالية فيستطيع الدائن التنفيذ عليه .

وكون النمة المالية ضامنا عاما (gage commun) للدائنين لا يعنى أن للدائن حقا عينيا على الأموال التى تشتمل عليها النمة المالية ، فكلمة «الضمان» (gage) هنا ليست مستعملة بمعناها الفنى ولا تعنى أن للدائن العادى رهنا على أموال المدين ، بل معناها أن للدائن أن ينفذ على أموال مدينه لاستيفاء حقه . ويتساوى الدائنون جميعا في ذلك ، فلا يتقدم الدائن السابق على الدائن اللاحق ، حتى في الأموال التى وجدت في النمة المالية وقت نشوء حق الدائن الأول وقبل نشوء حق الدائن الثانى . ولا يتقدم الدائن اللاحق على الدائن السابق ، حتى في الأموال التى لم تكن موجودة في النمة المالية وقت نشوء حق الدائن السابق ولو جدت قبل نشوء حق الدائن اللاحق . وإنما يتقدم دائن على دائن آخر تبعا لما له من ضمان عينى على مال معين من أموال المدين ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، ويكون تقدمه في هذا المال وحده^(١).

(١) انظر في كل ما تقدم أوبرى وروولمان ٩ فقرة ٥٧٩ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩ -

كولان وكايتان ونى لاسوراندبير ١ فقرة ١٢٩ .

١٣١ - المسألة الثانية - انتقال حقوق المورث وديونه إلى الوارث :
الأصل في القانون الفرنسي ، وهو القانون الذي ابتدعت فيه نظرية الذمة المالية ، أن الدين لا ينتقل من مدين إلى مدين آخر ، وإذا كانت حوالة الحق جائزة فإن حوالة الدين لا تجوز . ومع ذلك فإن الدين ينتقل ، بالوفاة لا فيما بين الأحياء ، من ذمة المورث إلى ذمة الوارث . ويفسر ذلك عادة بنظرية الذمة المالية . فالمورث تقوم ذمته المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، منفصلة عنه بعد أن مات . فلا بد من إسناد هذه الذمة المالية إلى شخص غير المورث ، وهذا الشخص لا يمكن إلا أن يكون هو الوارث ، فهو الذي تستمر شخصية مورثه فيه ، وهو الذي يملك تركته . وعلى ذلك تنتقل الذمة المالية للمورث بمجرد موته إلى الوارث ، فتنقل إلى هذا حقوق المورث وديونه جميعاً في وقت واحد . وبذلك يمكن تصور انتقال الدين في القانون الفرنسي من مدين إلى مدين آخر ، أي من المورث إلى الوارث ، بفضل نظرية الذمة المالية^(١) . وهذا لا يمنع الوارث بطبيعة الحال ، وبخاصة عندما يرى أن ديون المورث تربي على حقوقه ، أن يرفض الإرث ، أو أن يقبله بشرط فصل التركة عن ذمته المالية الأصلية (sous bénéfice d'inventaire) فيصبح بذلك ، غير مسئول عن ديون التركة إلا بمقدار ما تشتمل عليه من حقوق ، وكالوارث ، وهو الذي تنتقل إليه حقوق المورث وديونه بموجب القانون ، الموصى له بمجموع التركة أو بجزء شائع في هذا المجموع (ayant cause à titre universel) ، فإن هذا أيضاً في بعض الأحوال تنتقل إليه حقوق

(١) أما في مصر فقواعد الشريعة الإسلامية تقضى ، كما هو معروف ، بألا تركة إلا بعد سداد الديون . ويفسر ذلك عادة بأن ديون الميت لا تنتقل إلى ورثته ، بل تبقى في التركة إلى أن تسدد ، والصافي من التركة بعد ذلك هو الذي يتسلكه الورثة . ومع ذلك فهناك آراء في الفقه الإسلامي ، جديرة بالاعتبار ، تذهب إلى أنه بمجرد وفاة المورث تنتقل تركته من حقوق وديون إلى ورثته ، فتصبح أموال التركة مملوكة للورثة ، كما يصبح هؤلاء مسئولين عن ديون التركة ولكن في حدود الأموال التي آلت إليهم . فيكون وضع الورثة في الشريعة الإسلامية كوضع الورثة في القانون الفرنسي عندما يقبلون التركة بشرط الحرد (sans bénéfice d'inventaire) . انظر في هذا المعنى لإسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ٢٦ - فقرة ٣٥ .

الموصى وتنتقل إليه ديونه بنسبة هذه الحقوق ، بموجب الوصية أى بموجب إرادة الوصى^(١) .

١٣٢ - المسألة الثالثة - صلاحيات فكرة المجموع من المال أساساً

لنظرية الحلول العينية : يذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى أن فكرة المجموع من المال تصلح أيضاً أساساً لنظرية الحلول العينية في بعض تطبيقاتها ، فقد يجمع للشخص إلى جانب ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى ، وهذا على خلاف ما تقضى به النظرية التقليدية في النعمة المالية من أن الشخص لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة لا تتعدد . ويأتون على ذلك بأمثلة مختلفة منها النعمة المالية للمفقود فهذه بعد مدة معينة تضاف إلى الورثة ، فإذا ما ظهر المفقود بعد ذلك استرد ذمته المالية منهم . ومنها التركة التي يستولى عليها الوارث الظاهر وتضاف إلى ذمته الأصلية ، ثم يظهر الوارث الحقيقي فيسترد التركة من الوارث الظاهر . ومنها التركة التي قبلها الورثة في القانون الفرنسي بشرط الجرد ، فهذه ذمة مالية تضاف إلى النعمة الأصلية للوارث وتبقى منفصلة عنها إلى أن تصنى من الديون .

ففي هذه الأحوال وأمثالها ، حيث يوجد مجموع من المال هو عبارة عن ذمة مالية أضيفت إلى النعمة المالية الأصلية ، تصبح النعمة المالية المضافة ذمة قائمة بذاتها منفصلة عن النعمة المالية الأصلية . وهذا يفسر بعض تطبيقات الحلول للعينية ، فأى مال يخرج من إحدى الذمتين - الأصلية أو المضافة - ويدخل في مقابلة مال آخر ، فإن المال الذي دخل يحل حلوها عينياً محل المال الذي خرج ، وذلك في نطاق النعمة المالية التي خرج المال منها ودخل المال إليها ، وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام في الحلول العينية .

(١) انظر في كل ما تقدم أوبرى ورو وإسمان ٩ فقرة ٥٨٢ ص ٣٤٣ و ص ٣٤٥ - و فقرة ٥٨٣ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٨ .

ويترتب على استمرار شخصية المورث في شخصية الوارث أن تنتقل جميع الديون إلى الوارث ، ويصبح السند القابل للتنفيذ في حق المورث نافذاً في حق الوارث ، وتضاف حيازة المورث إلى حيازة الوارث .

(٢) انظر برجه خاص بـ لانبول وريبر وبيكار فقرة ١٥ ص ٢٠ و فقرة ٣٣ - فقرة ٣٤ .

٢٥ - الذمة المالية وشخصية صاحبها

١٣٣ - انمراج الذمة المالية في شخصية صاحبها : يقيم أوبرى ورو الذمة المالية على الشخصية ذاتها . فعندهما أن هذا المجموع من الحقوق والديون الذي هو الذمة المالية لم يقم كوحدة فنية فيها عناصرها فاستغرقتها جميعا ، إلا لأن الذمة المالية قد اندمجت في شخصية صاحبها ، وأصبحت امتدادا لهذه الشخصية وصورة منطبعة منها . فكما أن الشخصية واحدة لا تتعدد ، كذلك الذمة المالية وحدة لا تتجزأ . ويقول أوبرى ورو في هذا الصدد : « فكرة الذمة المالية تستخلص منطقيا من فكرة الشخصية ... فالذمة المالية هي مظهر الشخصية ، وهي التعبير عن القدرة القانونية للشخص باعتباره شخصا^(١) . ويقولان أيضاً : « الذمة المالية ، في أعلى معانيها ، هي شخصية الإنسان ذاتها ، منظورا إليها في علاقاتها بالأشياء الخارجية التي يباشر الشخص أو مبيأشر حقوقا عليها^(٢) .

ولما كانت الذمة المالية هي مجموع من حقوق وديون ، ولما كان الحق لا بد أن يستند إلى شخص يملكه وكذلك الدين لا بد أن يستند إلى شخص يكون ملتزما به ، فالذمة المالية لا بد إذن أن تستند إلى شخص يملك ما تشتمل عليه من حقوق ويلتزم بما تشتمل عليه من ديون . بل إن الذمة المالية تندمج اندماجا تاما في هذا الشخص فلا تنفصل عنه . وقد قدمنا أن الذمة المالية تكون قائمة حتى لو زادت الديون على الحقوق ، بل حتى لو لم تكن هناك في وقت ما لا حقوق ولا ديون^(٣) . فجرد الصلاحية لأن يكسب الشخص

(١) L'idée de patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité . . . Le patrimoine est l'émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle". (أوبرى ورو ٩ فقرة ٢٧٤) .

(٢) "... le patrimoine est, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets externes sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer". (أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ٦) .

(٣) (٢) قارن إسماعيل غانم في الذمة فقرة ٦٢ ص ١١٤ - ص ١١٥ .

حقوقا ولو لم يكسبها بالفعل ، ولأن يلتزم بديون واو لم يلتزم بدين ما ، مجرد
الصلاحية هذه هي الذمة المالية . وهذا مما يقرب الذمة المالية في الفقه الفرنسي
من أهلية الوجوب في الفقه الإسلامي^(١) .

ويترتب على انتماج الذمة المالية في الشخصية نتائج ثلاث : (١) الشخص
وحده هو الذي تكون له ذمة مالية ، وكل شخص له حتما ذمة مالية . (٢) الذمة
المالية لا تنفصل عن صاحبها . (٣) لكل شخص ذمة مالية ، فلا تتجزأ الذمة
المالية ولا تعدد^(٢) .

١٣٤ - النتيجة الأولى - الشخص ومده هو الذي تكون له ذمة

مالية وكل شخص له مدها ذمة مالية : والشخص هنا إما أن يكون شخصا
طبيعيا ، أو شخصا معنويا . ومواء كان طبيعيا أو معنويا ، فهو وحده
الذي تكون له ذمة مالية . ذلك أن الذمة المالية هي مجموع الحقوق والديون ،
والحقوق والديون يجب أن تستند إلى شخص طبيعي أو معنوي يكون مالكا لها
أو ملتزما بها كما سبق القول . ومن ثم لا يمكن أن تستند الذمة المالية إلا إلى
الشخص ، فهو وحده الذي تكون له ذمة مالية .

ومادام الشخص يكون دائما صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ،
وما دامت الذمة المالية هي الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات كما
قلنا ، فينتج من ذلك أن الشخص بموجب صلاحيته لأن تكون له حقوق
وعليه واجبات ، تكون له حتما ذمة مالية . وليس يلزم لوجود الذمة المالية
وجود الحقوق والواجبات فعلا ، فقد قلنا أن الشخص في وقت معين قد
لا تكون له حقوق أصلا وليست عليه ديون بتاتا ، وهذا لا يمنع من أن تكون
له ذمة مالية في ذلك الوقت المعين بالذات^(٣) .

(١) انظر نظرية الذمة في الفقه الإسلامي في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي

للمؤلف ص ١٦ - ص ١٧ .

(٢) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ١ .

(٣) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦ -

كولان وكاهنتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ - وانظر آنفا فقرة ١٢٩ .

١٣٥ - النتيجة الثانية - الزمة المالية لا تنفصل عن صاحبها : مادامت الزمة المالية مندرجة في الشخصية ، فهي لا تفارقها ولا تنفصل عنها . يجوز بطبيعة الحال للشخص أن يتصرف في حقوقه التي تشمل عليها ذمته المالية ، ولكنه يتصرف في هذه الحقوق حقا حقا باعتبار أن كل حق قائم بذاته ، لا باعتباره عنصراً من العناصر التي فُتت في الزمة المالية . وهو إذا تصرف في حق من هذه الحقوق ، فليس معنى هذا أنه تصرف في ذمته المالية ، بل إن هذه الزمة لا تنفصل عن صاحبها كما قدمنا ، وإن نقصت بعض الحقوق التي تشمل عليها أو زالت كل هذه الحقوق^(١) . فلا يجوز إذن للشخص أن يتصرف في ذمته المالية كمجموع من المال ، بل ولا في جزء شائع فيها كأن يتصرف في نصفها أو في ربعها . ومن ثم فإن التعامل في تركة مستقبلية ، والتركة المستقبلية هي الزمة المالية منظوراً إليها بعد الوفاة ، غير جائز ، لأسباب ترجع إلى حماية المورث وترجع كذلك إلى عدم جواز التصرف في الزمة المالية كمجموع من المال^(٢) .

ونتيجة أخرى يستخلصها أوبري ورو من عدم قابلية الزمة المالية للانفصال عن صاحبها أن الشخص إذا وهب جميع أمواله أو جزءاً شائعاً في جميع أمواله ، فإن ديون الواهب ، أو جزءاً منها مقابلاً للجزء الشائع الموهوب ، لا تنتقل إلى الموهوب له . ذلك أن الواهب ، وهو يهب جميع أمواله أو جزءاً شائعاً في جميع أمواله ، لا يهب ذمته المالية نفسها أو جزءاً منها ، وإلا لانتقلت إلى الموهوب له الديون مع الحقوق ، وهذا ما لا يستطيع أن يفعله لأن الزمة المالية لا تقبل الانفصال عن صاحبها . فهو إذن يهب أمواله مالا مالا باعتبار أن كل مال قائم بذاته لا عنصر قد فنى في الزمة المالية ، والموهوب له يعتبر خلفاً خاصاً لكل مال معين بالذات من هذه الأموال ، ولا يعتبر خلفاً عاماً لمجموع من الأموال كما هو الأمر بالنسبة إلى الوارث الذي يرث الأموال والديون في وقت واحد^(٣) .

(١) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ - بلانديول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦ ص ٢١ .

(٢) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٧ - ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) بلانديول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨ .

١٣٦ - النتيجة الثالثة - لكل شخص ذمة مالية واحدة فلا تجزأ

الذمة المالية ولا تتعدد : ذلك أن الذمة المالية تندمج في الشخصية ، فتستعبر منها خصائصها . والشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد . وقد رأينا أن الذمة المالية تنصب فيها جميع الحقوق وجميع الديون ، فتصبح هذه جميعاً كلاً لا يتجزأ^(١) . وقد سبق أن قررنا أن كل شخص له ذمة مالية ، والآن نقرر أن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة . ولا يمكن للشخص أن يجزئ هذه الذمة إلى ذمم متفرقة ، كما لا يجوز له أن يضيف إلى ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى مع بقاء الذمتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى فتتعدد بذلك الذمة المالية .

ويعد أوبري ورو وجود ذمة مالية مضافة إلى جانب الذمة المالية الأصلية - وقد وردت نصوص تشريعية تقضي بذلك وأتينا ببعض الأمثلة على الذمة المالية المضافة^(٢) - أمراً استثنائياً . وفي غير هذه الحالات الاستثنائية لا يجوز للشخص ، حال حياته ، أن يجزئ ذمته المالية ، فيجعل بعض الدائنين يختصون بجزء منها والدائنين الآخرين يختصون بالجزء الآخر^(٣) .

المطلب الثاني

فقد النظرية التقليدية في الذمة المالية

١٣٧ - نوهاه من النقر : بقيت نظرية أوبري ورو التقليدية في الذمة المالية سائدة في الفقه الفرنسي مدة طويلة ، وقد أجمع هذا الفقه على أن هذه النظرية قد قامت على منطق محكم الحلقات ، وأنها من أقوى النظريات الفقهية بناء وحسن سبك .

ولكن الفقه أخذ بعد ذلك يعيد النظر فيما كان قد اعتاد أن يسلم به دون تمحيص ، لا سيما في المسائل التي يفرضها منطق النظرية ولكنها تخالف الأحكام

(١) أوبري ورو ٩ فقرة ٣٧٩ ص ٣٦٧ وفقرة ٥٨٣ ص ٣٧٦ وما بعدها - بلانيول

ريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠ ص ٢٤ هامش ٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٣) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١١ - ص ٣١٢ .

للتشريعية الصريحة . فأخذ فريق من الفقهاء في نقد النظرية في بعض جزئياتها والتحويل في هذه الجزئيات ، دون مساس بجوهر النظرية . ولكن فقهاء آخرين ذهبوا إلى أبعد من ذلك ، وهاجموا النظرية في جوهرها ، وذهبوا إلى أنها نظرية فاسدة في أساسها إذ تقوم على منطق يخافى الواقع ، دون أن يقوم مبرر يشفع في بقائها في ثوب من هذا المنطق المصطنع . ونورد موجزاً لآراء كل من الفريقين .

§ ١ - الفريق الأول

١٣٨ - **نقد النظرية في بعض جزئياتها** : هذا الفريق يعتمد بوجه خاص إلى النعي على النظرية التقليدية المبالغة في المنطق المجرد ، وإصااق النمة المالية بالشخص حتى اختلطت به وكادا يصبحان شيئاً واحداً . ثم يزحزح الذمة المالية عن الشخصية ليقمها على فكرة التخصيص لغرض معين (*affectation à un but déterminé*) ، وبذلك يتمكن من القول بجواز تعدد النمة المالية وبجواز انفصالها عن صاحبها . ولكنه مع ذلك يني النمة المالية مستندة إلى الشخص ، فلا يجوز أن تقوم دون صاحب تستند إليه فهذه مسائل متعددة ، نعرض لها واحدة بعد الأخرى .

١٣٩ - **المبالغة في ربط الذمة المالية بالشخصية** : يقول نقاد النظرية التقليدية إنها نظرية ذات صبغة مصطنعة ، تقوم على منطق مجرد مغرق في التجريد . فهي تبالغ في ربط الذمة المالية بالشخصية إلى حد أن تخلط بينهما ، وإلى حد أن تجعل من النمة المالية مجرد الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات وهذا هو عين الشخصية . وهذا الخلط ما بين النمة المالية والشخصية يجب تجنبه ، فإنه من جهة يخلع على الذمة المالية خصائص لا تتفق مع الأحكام القانونية المسلم بها ، ومن جهة أخرى يؤدي إلى نتائج يحسن تفاديها وقد تفادتها فعلا كثير من الشرائع ^(١) .

١٤٠ - **والأولى إدخال فكرة التخصيص لفرصه معين فيصبح الحق وظيفة اجتماعية أكثر منه سلطة في يد الشخص** : وكان الأولى أن

تجعل الرابطة التي تجمع ما بين عناصر النعمة المالية ليست هي الشخص الذي تستند إليه هذه النعمة ، بل الغرض المشترك الذي خصصت له هذه العناصر . وإذا كان صحيحاً أن النظرية التقليدية على حق فيما ذهبت إليه من أن الأموال إنما ينظر إليها القانون باعتبارها مرتبطة بالغايات التي يسعى إليها الشخص ، فتقوم صلة وثيقة ما بين النعمة المالية والشخص ، إلا أن هذه الغايات مختلفة متنوعة . فقصرها جميعاً على غاية موحدة ، ترد إليها كل الغايات دون تمييز بين غاية وغاية ، ينطوي على كثير من العنت ويجافي الحقائق الواقعة^(١) .

وما دامت الغايات متعددة ، فإنه من الممكن أن يقطع مجموع من الأموال من النعمة المالية الأصلية ويخصص لغاية معينة ، فيكون هذا المجموع بما يشمل عليه من حقوق والتزامات ذمة مالية منفصلة عن النعمة المالية الأصلية . فالغاية إذن ، وليس الشخص ، هي التي تربط ما بين العناصر المختلفة للذمة المالية ، وهذا هو الاتجاه الحديث الذي يسير صوبه القانون في الوقت الحاضر^(٢) . ومن ثم تصبح الحقوق مرتبطة بالغايات التي أعطيت من أجلها ، وبصبح الحق وظيفة تحقق غاية اجتماعية ، أكثر منه سلطة يعطى زمامها ليد شخص معين^(٣) .

١٤١ - جواز تعدد الذمة المالية : وأول ما يترتب على التراخي في ربط النعمة المالية بالشخصية ، وإدخال فكرة التخصيص لغاية معينة ، أن إحلى للنتائج الهامة للنظرية التقليدية ، وهي أن النعمة المالية لا تتجزأ ولا تتعدد ، لا تصبح نتيجة سليمة . فهي لم تكن سليمة إلا لأننا أدمجنا النعمة المالية في الشخصية ، فشاركنا تلك خصائص هذه . ولما كانت الشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد ، كذلك تكون النعمة المالية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد . ولكن ذلك يخالف الواقع ، ويتعارض مع المسلم به من تعدد النعمة المالية في كثير من الأحوال كما سنرى .

لذلك كان في إدخال فكرة التخصيص لغاية معينة أكبر معين على القول

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧ ص ٢٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٥ - ص ٢٦ .

(٣) انظر كولان وكبيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٣٥ ص ١١٧ - ص ١١٨ .

بتعدد الذمة المالية ، إذ يقع كثيراً أن يتخصص مجموع من أموال الشخص لغاية معينة فيستقل هذا المجموع عن الذمة المالية الأصلية ، ويصبح هو نفسه ذمة مالية أخرى ، وبذلك تتعدد الذمة المالية .

ومن أمثلة تعدد الذمة المالية قبول الوارث للتركة بشرط الجرد أو طلب الدائنين فصل التركة عن الذمة المالية للوارث في القانون الفرنسي . ففي هذه الحالة يكون للوارث ذمة مالية الأصلية ، وذمة مالية أخرى هي التركة التي انتقلت إليه بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وقد انفصلت عن ذمة المالية الأصلية . وهذا وضع بضامى وضع الوارث في الشريعة الإسلامية ، فالوارث تنتقل إليه ملكية أموال التركة كما تنتقل إليه الديون في بعض المذاهب الفقهية ، ومع ذلك تبقى التركة منفصلة عن ذمة الوارث الأصلية إلى أن تسدد ديونها كما سبق القول^(١) ، وبذلك تتعدد ذمة الوارث في الشريعة الإسلامية كما تعددت في القانون الفرنسي .

كذلك إذا وهب شخص شخصاً آخر أو أوصى له بمال ، على أن يخصص هذا المال لغرض معين ، فإن المال الموهوب أو الموصى به ينفصل عن الذمة الأصلية للموهوب له أو الموصى له ، فتتعدد الذمة .

وإذا ترك مجهز السفينة السفينة والأجرة في مقابل ما ترتب عليه من التزامات بسبب تجهيز السفينة ، فإن ثروة البحر (fortune de mer) هذه تصبح ذمة مالية منفصلة عن ذمة المجهز الأصلية .

وفي النظام المالى للزواج في القانون الفرنسي ، يكون مهر الزوجة (dot) ذمة مالية منفصلة عن ذمتها الأصلية ، ويكون ما دخل من مالها في الأموال المشتركة بينها وبين الزوج (communauté) ذمة مالية منفصلة كذلك عن الذمة الأصلية . وليس لهذا نظير في الشريعة الإسلامية .

ففي هذه الأحوال وأمثالها^(٢) ، تتعدد الذمة المالية ، وتقوم ذمة مالية أخرى غير الذمة المالية الأصلية منفصلة عنها . ويكون لهذه الذمة المالية حقوقها

(١) انظر آتفا فقرة ١٣١ في الهامش .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٣٢ .

التي تستغل بها وديونها التي تترتب عليها وحدها ، شأنها في ذلك شأن النعمة المالية الأصلية^(١) .

١٤٢ - جواز انتقال الزمة المالية من صاحبها إلى الغير حال الحياة :

ونتيجة أخرى من النتائج الهامة في النظرية التقليدية ، لا نستقيم إلا إذا أدجنا النعمة المالية في الشخصية إدماجا تاما ، فلا يجوز انتقال النعمة المالية وانفكاكها عن شخص صاحبها مادام حيا ، ومن ثم لا يجوز انتقال النعمة المالية إلى الغير حال الحياة . أما إذا جعلنا الصلة ما بين النعمة المالية والشخصية صلة متراحية ، وأقمنا النعمة المالية على فكرة التخصيص لغاية معينة ، فإنه يمكن انفكاك النعمة عن صاحبها في حال حياته ، ويمكن تبعا لذلك أن يتصرف الشخص في ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، فينقلها في حال الحياة إلى شخص آخر .

والفرق بين الحالتين أنه إذا لم نجز نقل النعمة المالية في حال الحياة ، فإنه يترتب على ذلك أن الشخص لا يستطيع أن يتصرف في ماله في حال الحياة إلا إلى خلف خاص ، فينقل الحقوق دون الديون ، ولا يتصرف إلا في حقوق معينة . فإذا وهب شخص جزءا كبيرا من أماله ، بل إذا وهبها كلها ، فإن الموهوب له لا تنتقل إليه ديون الواهب بغير اتفاق خاص ، ويأخذ أموال الواهب خالصة من الديون . أما إذا أحزنا نقل النعمة المالية في حال الحياة ، فإنه يجوز للشخص أن يتصرف في ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، إلى خلف عام ، فننتقل إلى هذا الخلف الحقوق والديون جميعا لأن المجموع من المال هو الذي انتقل .

ولا شك في أن إباحة التصرف في النعمة المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، حال الحياة ، من شأنه تيسير التعامل . وهذا لا يكون إلا إذا تراخت الصلة ما بين النعمة المالية والشخص ، وقامت فكرة التخصيص لغاية معينة كما سبق القول . على أنه بالرغم من أن النظرية التقليدية للنعمة المالية لا تزال هي السائدة في فرنسا ، وكان من مقتضاها عدم جواز التصرف في النعمة المالية حال الحياة ، فإن هذا التصرف أجازته مع ذلك التقنين المدني الفرنسي وأجازته القضاء الفرنسي في بعض حالات استثنائية نذكرها فيما يلي :

(١) بلانزيه وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠ .

١ - أجاز التقنين المدني الفرنسي (م ١٠٨٢ - ١٠٨٦ و م ١٠٩٣) هبة الأموال الحاضرة والمستقبلية في عقد الزواج المالي ، ويترتب على هذه الهبة أن يكون الموهوب له مسئولاً عن الديون . ولا شك في أن هذا تصرف حال الحياة يقع على الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون .

٢ - أجاز التقنين المدني الفرنسي (م ١٠٧٥ وما بعدها) قسمة المورث لأمواله الحاضرة بين ورثته عن طريق الهبة . وفي هذه الحالة يحمل القضاء الفرنسي للورثة بالديون^(١) . ولا شك في أن هذا أيضاً تصرف حال الحياة يقع على جزء من الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون .

٣ - يعتبر القضاء الفرنسي أنه إذا وهب الشخص كل أمواله أو جزءاً كبيراً منها ، فالمفروض أن هناك اتفاقاً ضمياً على أن يتحمل الموهوب له ديون الواهب أو جزءاً منها يتناسب مع قيمة الأموال الموهوبة^(٢) . ولا شك في أن القضاء في هذه الحالة أجاز التصرف في الذمة المالية أو في جزء منها حال الحياة ، بدليل أنه أوجب على الموهوب له دفع الديون .

٤ - أجاز القانون الفرنسي الصادر في ١٩ أبريل سنة ١٩٠٩ في شأن بيع المتجر (fonds de commerce) لدائني البائع استيفاء حقوقهم من الثمن المستحق في ذمة مشري المتجر . فجعل القانون بذلك من المتجر شبه ذمة مالية قائمة بذاتها ، إذ جعل لدائنيه حقاً مباشراً على ثمن المتجر وقد حل الثمن محل المتجر باعتباره مجموعاً من المال ، وانتقل حق الدائنين من المتجر إلى ثمنه . وفي مصر نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على ما يأتي : « للدائنين السابقين على قيد الرهن ، متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجاري ، أن يطالبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها ، إذا أصابهم ضرر بسبب ذلك القيد » . وقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون : « وأجازت المادة ٢٥ للدائنين السابقين على قيد الرهن أن يطالبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها . وهذا مبدأ جديد ، فإنه طبقاً للقواعد العامة لا يترتب على ضعف التأمينات حلول أجل الدين إلا إذا كانت

(١) نقض فرنسي ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ سيرييه ٩٣ - ١ - ١٢٧ .

(٢) نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٥ - ٢ - ١١١ - نولوز ٢٩ يناير

سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ٢ - ١١١ - جرينوبل ١٢ مايو سنة ١٨٨٢ سيرييه ٨٢ - ٢ - ٤٤٠ .

محلا لوفائه . ومعنى ذلك أنه ، من ناحية حلول الأجل ، اعتبر القانون محل التجارى محلا لوفاء الديون الخاصة به ، وهذا ما يجعل ، من هذه الناحية وحدها ، المحل التجارى وحدة قائمة بذاتها تكون محلا للوفاء بديونها ، بحيث إذا ضعفت هذه الوحدة بقيد رهن عليها ، حلت الديون الموجلة .

على أن الحالات المتقدمة هي حالات استثنائية ، ولا تزال القاعدة العامة فى كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى أنه لا يجوز التصرف فيما بين الأحياء فى الذمة المالية ، وذلك ترتيبا على اندماج الذمة المالية فى الشخص (١) .

١٤٣ - بقاء الرزمة المالية مع ذلك مرتبطة بالشخص فلا تقوم ذمة

عائبة دونه صاحب تستند إليه : ومع ذلك يحرص هذا الفريق الأول من النقاد ، وهم لا ينقدون النظرية التقليدية إلا فى بعض جزئياتها ، على أن يستبقوا النظرية فى أساسها ، من حيث مجموع المال (patimoine universalité) ومن حيث الارتباط بالشخصية (patimoine personnalité) .

فلا تزال الذمة المالية فى نظرهم مجموعا من المال تبنى فيه عناصره من حقوق وديون ، ويفسرون بهذا الأساس الضمان العام للدائنين وانتقال التركة بما تشتمل عليه من حقوق وديون من المورث إلى الوارث .

ولا تزال الذمة المالية ، فى نظرهم ، مرتبطة بشخص يكون هو صاحبها وتستند إليه . ولا يتصورون قيام ذمة مالية دون شخص ترتبط به ، ولا يذهبون إلى الحد الذى ذهب إليه القانون الألمانى من جعل الذمة المالية تقوم دون أن تستند لا إلى شخص طبيعى ولا إلى شخص معنوى (٢) .

(١) وفى القانون المصرى لا يتحمل الموهوب له بدين الواهب ، إلا إذا اشترط الواهب عليه ذلك عوضا عن الهبة (م ١/٤٩٩ مدنى) .

هذا وقد تحررت التقنيات الجرمانية - التقنين المدنى الألمانى والتقنين المدنى السويسرى - من هذا الضيق الذى لا مبرر له ، وخرجتا على النظرية التقليدية فى الذمة المالية ، وأجازا تصرف الشخص فى ذمة المالية حال حياته .

(٢) دلابول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٦ - ص ٢٧ - كاربونيه ص ٨ :

ويشير كاربونيه إلى فواج أخرى جديدة يمكن أن تفتح عنها فظرية الذمة المالية ، منها الضريبة على رأس المال وعدم إجبار المدين على الكشف عن عناصر ذمة المالية والتمييز بين رأس المال والريع والتدرة على العمل . هل هى عنصر من عناصر الذمة المالية (كاربونيه ص ٨ - ص ٩) .

§ ٢ - الفريق الثاني

١٤٤ - نقد النظرية في أساسها : أما الفريق الثاني من نقاد النظرية

التقليدية ، فلا يكتفون بنقد النظرية في بعض جزئياتها ، بل هم يهدفون إلى هدم النظرية في أساسها . ويمثل هذا الفريق تمثيلاً عادلاً الأستاذ إسماعيل غانم في رسالته التي وضعها في الذمة المالية^(١) . وقد سبقه إلى نقدها فقهاء آخرون في رسائل وضعوها لذلك^(٢) ، ولكن هؤلاء النقاد لا يزالون يتفقون مع النظرية التقليدية في أن الذمة المالية هي مجموع من المال مستقل عن العناصر التي يشتمل عليها .

ويتناول الأستاذ إسماعيل غانم النظرية التقليدية في الفكرتين اللتين تقوم عليهما ، المجموع من المال والاندماج في الشخصية ، وينكر على كل منهما فائدتها في استخلاص النتائج التي تستخلص منها عادة ، ويعلل هذه النتائج بأسباب أخرى بعيدة عن النظرية التقليدية . وعلى ذلك لا تعود للنظرية التقليدية أية فائدة في نظره ، فتهدم في أساسها .
ونتابه في كل من الفكرتين .

١٤٥ - فكرة المجموع من المال : هذه الفكرة تستخلص منها النظرية التقليدية ، كما قدمنا ، نتائج ثلاثاً : الضمان العام للدائنين وانتقال تركة المورث إلى الوارث بما عليها من ديون والحلول العيني .

أما الضمان العام للدائنين فيمكن تفسيره دون الالتجاء إلى فكرة المجموع من المال . ويمكن في ذلك أن نلجأ إلى تحليل الالتزام إلى عنصره ، المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) ، وتمتد جذور هذا التحليل إلى القانون

(١) باريس سنة ١٩٥١ (وقد طبعت في القاهرة في سنة ١٩٥٧) .

(٢) انظر مثلاً Jalla رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ ص ٨٥ وما بعدها - Plastera

رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ - Gazelles رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ ص ٣٦٧ وما بعدها -

Oazim رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ - Raynaud رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ ص ١٧٤ وما بعدها .

انظر حتى في طريقة التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ ١ مقرة ٦٧ ص ١٤١ وما بعدها -

Perceron في تصفية ديون الشركة في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٥ ص ٥٤٣ -

ص ٥٤٧ - Marevach في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٨١١ ما بعدها .

الرومانى ، ليركز فى النظريات الجرمانية ، دون أن يلتقى رواجاً فى
 الفقه الفرنسى . والمديونية تتعلق بالعمل أو الامتناع عن العمل الواجب على
 المدين نحو الدائن ، فهى رابطة بين شخصين . والمسئولية تتعلق بقدرة الدائن
 على اقتضاء هذا الواجب من المدين جبراً عليه ، فهى أيضاً رابطة بين شخصين .
 وبموجب عنصر المسئولية هذا يصل الدائن إلى أموال مدينه للتنفيذ عليها ،
 ولكن من خلال شخص المدين . فشخص المدين إذن هو الذى يتوسط بين ماله
 وبين الدائن : والدائن إنما ينفذ الدين على المدين ذاته ومن خلاله يصل
 إلى ماله . وكان الدائن فى القديم ينفذ الدين على شخص المدين فعلاً أى على
 جسمه ، فيقتله أو يسرقه أو يبيعه . ثم تهذب القانون شيئاً فشيئاً ، حتى صار
 الدائن ، وهو ينفذ الدين دائماً على المدين ذاته ، لا ينفذه على شخص
 المدين ، وإنما ينفذه على ماله ولكن من خلال شخصه . ومن ثم تكون أموال
 المدين الموجودة وقت التنفيذ ، منظوراً إليها على اعتبار أن كل مال منها قائم
 بذاته لا مندمج فى مجموع من المال ، مشتولة عن ديونه . ولما كان الدائن يستطيع
 أن يصل إلى أى مال يكون مملوكاً للمدين من خلال شخص هذا الأخير مادام
 المال مملوكاً له وقت التنفيذ ، فالعبرة إذن بملكية المال للمدين وقت التنفيذ
 لا وقت نشوء الدين . فللدائن سبيل على المال المملوك لدائنه وقت التنفيذ ،
 ولو لم يكن مملوكاً له وقت نشوء الدين وإنما استجد بعد ذلك . ولا سبيل
 للدائن على المال الذى كان مملوكاً لمدينه وقت نشوء الدين ، مادام قد خرج
 عن ملكه وقت التنفيذ . ذلك أن عنصر المسئولية لا يجعل للدائن حقاً على مال
 معين للمدين ، ولكن يجعل له حقاً على شخص المدين ، ومن خلال شخصه
 ينفذ على ماله الذى يكون مملوكاً له وقت التنفيذ . وعلى هذا النحو نصل إلى
 نفس النتيجة التى يراد الوصول إليها عن طريق النظرية التقليدية فى اللزمة المالية
 باعتبارها مجموعاً من المال ، ولا نكون فى حاجة إلى تصوير أموال المدين
 مندمجة كلها فى مجموع معنوى لا وجود له فى الواقع . ويتيسر لنا بذلك أن
 نقرر القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين ضامنة لديونه ، دون الالتجاء
 إلى فكرة المجموع من المال التى نقول بها النظرية التقليدية (١) .

(١) إسماعيل غانم رسالته فى اللزمة المالية فقرة ١٧ ص ٢٩ و فقرة ١٨ ص ٣٥ - ص ٣٦ .

وأما انتقال تركة المورث إلى الوارث بما عليها من ديون ، فهذه النتيجة أيضاً لا يحتاج فيها الأستاذ إسماعيل غانم إلى الالتجاء لفكرة المجموع من المال التي تقوم عليها النظرية التقليدية للذمة المالية . وعنده أنه يكفي لتبرير ذلك أن نقول إن ديون الميت لا يجوز أن تنقضى دون وفاء ، وإلا أنهدم ركن الائتمان في التعامل وضاعت ثقة الدائنين في مدينهم . فيجب إذن أن تبقى هذه الديون قائمة بعد موت المدين ، ولما كان لا بد لكل دين من مدين يتحمل به ، فمن ذا الذي يتحمل ديون الميت بعد موته ؟ لا شك في أن العدالة تقضي بأن المدين في هذه الحالة يجب أن يكون هو الوارث ، لا لأنه تستمر في شخصيته شخصية المورث كما تقول النظرية التقليدية ، بل لأنه هو الذي تلقى أموال مورثه دون مقابل ، فمن العدل إذن أن يتحمل أيضاً ديونه . فانتقال دين المورث إلى الوارث إنما يرجع إلى اعتبارات تمت للعدالة وللثقة في التعامل ولفكرة الدين ذاته إذ لا بد من أن يكون لكل دين مدين . ومن ثم لا نكون هنا أيضاً في حاجة إلى فكرة المجموع من المال التي تقول بها نظرية الذمة المالية لتبرير أن الدين ينتقل من المورث إلى الوارث^(١) .

بقى الحلول العيني . ويقول أنصار النظرية التقليدية إن الحلول العيني مبني على فكرة المجموع من المال ، فهذه الفكرة تؤدي إلى جعل العناصر التي يشتمل عليها المجموع بمثابة أشياء مثلية يحل بعضها محل بعض . فإذا خرج مال معين من هذا المجموع ودخل بدلا منه مال آخر ، حل هذا المال الآخر محل المال الأول حلولا عينيا . ويستعرض الأستاذ إسماعيل غانم الفروض التي قبل إن الحلول العيني فيها يتحقق في المجموعات من الأموال ، فلا يرى لها شأنا عمليا هاما ، والخلاف فيها جد محتدم . ففي الدعوى التي يرفعها الوارث الحقيقي على الوارث الظاهر ليسترد منه التركة ، إذا كان الوارث الظاهر قد باع مالا للتركة واشترى بشيء مالا آخر ، فهناك خلاف في الرأي ، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الوارث الظاهر لا يرد هذا المال الآخر بموجب فكرة الحلول العيني ، ولكن يرد ثمن المال الذي خرج من التركة بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب^(٢) .

(١) إسماعيل غانم رساله في الذمة المالية فقرة ٣٦ .

(٢) بودرى وقال في الميراث ١ فقرة ٩٢٥ من ٧٠٢ .

ومهما يكن من أمر ، فقل " أن يعرض في العمل هذا الفرض ، ولا توجد أحكام قضائية في هذه المسألة . وفي دعوى استرداد المفقود بعد ظهوره حيا لأمواله من حائزها ، فهناك رأى يذهب إلى أن الحائز إذا كان قد باع مالا منها واشترى به مالا آخر ، فإنما يفعل ذلك باعتباره نائبا نيابة قانونية عن المفقود ، فيسترد المفقود هذا المال الآخر بموجب أحكام النيابة لا بموجب أحكام الحلول العيني . وهذا الفرض أيضا قل أن يعرض في العمل ، فمن النادر جداً أن يظهر المفقود بعد أربعين عاما من غيابه ، ولا توجد هنا أيضاً أحكام قضائية . وفي دعوى استرداد الواهب من تركة الموهوب له ما وهبه إياه ، نرى نص التقنين المدني الفرنسي (م ٢/٧٤٧) صريحاً في أن الخاضع للاسترداد هو العين الموهوبة ذاتها وليس في هذا حلول عيني ، أو ثمنها الذي لا يزال مستحقاً في فمة المشتري وهذا يمكن تفسيره لا بالحلول العيني بل برغبة المشرع في تمكين الواهب عند المطالبة بالثمن من فسخ البيع إذا لم يدفعه المشتري . ويخلص الأستاذ إسماعيل غانم من هذا الاستعراض إلى القول بأن الحلول العيني لا يقوم أصلاً على فكرة المجموع من المال ، وإنما يقوم على فكرة التخصيص لغرض معين . فإذا خصص مال ، سواء كان داخلياً في مجموع أو كان منفرداً ، لغرض معين ، فإن هذا المال يكون خاضعاً لقواعد قانونية خاصة لتحقيق الغرض الذي خصص له المال . فإذا بيع هذا المال أو هلك ، وحل محله الثمن أو التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية أو غير ذلك من البدل ، أو حل محله شيء آخر اشترى بالبدل ، فإن الذي حل محل المال يكون مخصصاً لنفس الغرض الذي كان المال مخصصاً له ، وتسرى عليه القواعد القانونية الخاصة التي كانت تسرى على المال الأول ، فالحلول العيني إذن يقوم على أساس الخضوع لنظام قانوني خاص وعلى أساس فكرة التخصيص لا على أساس المجموع من المال . ويرى الأستاذ إسماعيل غانم تقديم فكرة الخضوع لنظام قانوني ، في الحلول العيني ، على فكرة التخصيص ، فالمال أساساً يخضع لنظام قانوني خاص حتى يحقق الغرض الذي خصص له^(١) . فالحلول العيني إذن لا شأن له بفكرة المجموع من المال ، ومن ثم لا محل لإقحام هذه الفكرة عليه .

١٤٦ - فكرة الاندماج في الشخصية : وبهاجم الأستاذ إسماعيل غانم أهم نتيجتين تستخلصان من اندماج الذمة المالية في الشخصية : عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن الشخص وعدم جواز تجزئتها أو تعددها .

أما عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن الشخص ، أى عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها فيما بين الأحياء ، فيستخلص منها أوبرى ورو بطلان التصرف في التركة المستقبلية وعدم انتقال الديون إلى مشتري جميع الأموال الحاضرة المملوكة للبائع . والتصرف في التركة المستقبلية بصورة أوبرى ورو أنه تصرف فيما بين الأحياء في الذمة المالية ، ولكن الأستاذ إسماعيل غانم يعارض هذا التصوير ، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ ولا ينتج أثراً إلا بعد الموت فهو إذن ليس تصرفاً فيما بين الأحياء ، وبطلانه يرجع إلى اعتبارات معروفة لا شأن لها بالتصرف في الذمة المالية . ومشتري الأموال الحاضرة المملوكة للبائع إنما اشترى أموالاً معينة ولم يشتر ذمة مالية ، والأصل في هذه الحالة عدم انتقال الديون إلا إذا اشترط خلاف ذلك ، فلا علاقة إذن لهذه المسألة بمسألة التصرف في الذمة المالية . ويستخلص الأستاذ إسماعيل غانم من ذلك أنه لا ترتب نتائج عملية على القول بأن الذمة المالية لا يجوز التصرف فيها فيما بين الأحياء ، ومن ثم لا حاجة للقول باندماج الذمة المالية في الشخصية للتوصل بذلك إلى القول بأن الذمة المالية لا يجوز التصرف فيها في حال الحياة (١) .

وأما عدم جواز تجزئة الذمة المالية أو تعددها ، فهذه هي أضعف نقطة في النظرية التقليدية ، لأن الذمة المالية قد تتجزأ وقد تعدد بحسب ما يخضع له المال من نظام قانوني خاص . ويعدد الأستاذ إسماعيل غانم الأمثلة ، ويبدأ بالقانون التجاري . ففي هذا القانون ، تتجزأ الذمة المالية إذا تخلى صاحب السفينة عنها للدائنين ، فعند ذلك تنفصل السفينة عن سائر أمواله ، وتتجزأ ذمته المالية إلى ذمتين . وتعدد الذمة المالية إذا كسب المفلس ، قبل إقفال التخليصة ، مالا من عمله أو من تجارة جديدة يباشرها ، فيكون المال الذي كسبه ذمة مالية مستقلة عن ذمته المالية الأصلية التي خضعت للتخليصة . وفي القانون المدني ، تعدد ذمة الوارث المالية ، إذ ينسب إلى ذمته الأصلية ذمة

(١) إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ٧٠ .

المورث (أى تركته) ، وذلك عند ما يقبل الوارث الميراث بشرط الجرد في القانون الفرنسى ، وعندما يعين مصف لتركته فى القانون المصرى . وتتعدد فمة الموهوب له إذا كانت الهبة مقترنة بشرط عدم التصرف فى الأموال الموهوبة ، فهذه الأموال التى لا يجوز التصرف فيها تكون ذمة مالية منفصلة عن الذمة الأصلية للموهوب له . كذلك تتعدد ذمة الموهوب له أو الموصى له ، فى القانون الفرنسى ، إذا وهب أو أوصى له بمال بشرط نقل ملكيته إلى الغير (م ١٠٤٨ - ١٠٥٠ مدنى فرنسى : substitutions permises) . وتتعدد الذمة كذلك إذا وهب المال أو أوصى له به بشرط استخدامه لأغراض خيرية معينة (fondation) . والنظام المالى للزواج ، فى القانون الفرنسى ، قد يجزئ الذمة المالية . فى نظام الاشتراك فى الأموال (régime de communauté) ، تنفصل الأموال المشتركة (biens communs) عن الأموال الخاصة بكل زوج (biens propres) . وفى نظام الدوطة (régime dotal) تنفصل أموال الدوطة (bien dotaux) عن الأموال الخاصة بالزوجة (biens paraphernaux) . فالذمة المالية إذن تتجزأ وتتعدد ، وذلك عن طريق تخصيص القانون أموالاً معينة لأغراض خاصة وإخضاع هذه الأموال لنظام قانونى خاص يحقق للغرض الذى خصص له المال . وليس الشخص حراً بإرادته وحده أن يجزئ ذمته المالية أو يعددها على هذا النحو ، بل لابد من تدخل القانون فى ذلك ، فهو الذى يضع النظام الخاص للأموال التى خصصت لأغراض معينة (١) .

وإذ هدمت النتيجةتان الرئيسيتان المستخلصتان من اندماج الذمة المالية فى الشخصية - عدم جواز التصرف فى الذمة المالية فى حال الحياة وعدم جواز تجزئة الذمة المالية أو تعددها - فقد انهدم الأساس نفسه الذى قامت عليه النتيجةتان ، وهو اندماج الذمة المالية فى الشخصية (٢) . وقد عارض الأستاذ

(١) إسماعيل غانم رساله فى الذمة المالية فقرة ١٠٠ .

(٢) إسماعيل غانم رساله فى الذمة المالية فقرة ١٠٦ ص ١٧٥ .

إسماعيل غانم من قبل ، كما رأينا ، فكرة المجموع من المال ، فلا تقوم الذمة المالية إذن في رأيه على أى أساس (١) .

١٤٧ - إلى أى حد يمكن القول بهدم النظرية التقليدية في الذمة المالية : ومهما يكن من شأن الاعتراضات التى وجهت إلى النظرية التقليدية للذمة المالية ، فليس من اليسر القول بأن هذه النظرية قد هدمت نهائيا . فهى ، فى نظرنا ، لا تزال قائمة فى أحد شقيها وهو الشق الخاص بفكرة المجموع من المال . أما الشق الآخر الخاص بفكرة الاندماج فى الشخصية ، فهنا يمكن القول بأن النظرية التقليدية أصبحت غير قائمة .

١٤٨ - بقاء النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة المجموع من المال : لا تزال فكرة اندماج أموال المدين وديونه فى مجموع معنى مستقل عن الأموال التى يشتمل عليها فكرة متبجة ، ولا تزال هى الفكرة السائدة حتى اليوم . والمول الذى أريد هدمها به هو الالتجاء إلى فكرة أخرى ، فكرة تقسيم الالتزام إلى عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية . وليست هذه الفكرة الأخيرة بأبسط ولا أفضل من فكرة المجموع المعنوى . هذا إلى أن كلا من الفقه الفرنسى والفقه المصرى لم يتقبل فكرة المديونية والمسؤولية بالرجابة التى تقبل بها فكرة المجموع المعنوى . ولا يمكن القول بأن فكرة المديونية والمسؤولية قد استقرت فى الفقه الفرنسى ولا فى الفقه المصرى ، حتى تمكن الاستعاضة بها عن فكرة استقرت وتمكنت فى كل من الفقهاء ، وكاد يكون التسليم بها من الأمور البديهية . ففكرة المديونية والمسؤولية فكرة مصدرها.

(١) وهو يقول فى هذا المعنى : « والنتيجة التى يمكن استخلاصها من كل ذلك هى أن الذمة المالية ليست إلا مجرد لفظ تنحصر فائدته فى اختصاره . فبدلاً من أن نقول : مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية فى وقت معين ، يمكن أن نقول : الذمة المالية للشخص » (إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٣١ - ص ١٣٢) .

انظر أيضاً فى تأييد هذا رأى : منصور مصطفى منصور فى الحلول المعنى فقرة ٢٣ ص ٣٤ وفقرة ٣٤ ص ٣٦ هامش ٢ - شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للحق ص ١٥٦ وما بعدها وفى نظرية التأمينات سنة ١٩٥٦ فقرة ٨ .

وانظر فى وجوب استبقاء نظرية الذمة المالية واستخلاص دأ الضمان العام للدائنين ومبدأ انفصال التركة بالوفاء من هذه النظرية : حسن كبيرة فقرة ١٠ ص ٢٦ - ص ٢٢ .

الفقه الألماني ، وكان لها في كل من فرنسا ومصر طرافة الشيء الجديد . ولكن لم يقدر لها التمكن والاستقرار ، وقد سلم بذلك الأستاذ إسماعيل غانم نفسه (١) . ويوجد ، إلى جانب ذلك ، سببان آخران يدعوان إلى التمسك بفكرة المجموع من المال وعدم الاستعاضة عنها بفكرة المديونية والمسئولية .

أما السبب الأول فيرجع إلى أن فكرة المجموع من المال هي الفكرة التي يقوم عليها تقسيم الخلف إلى خلف عام وخلف خاص ، وهو تقسيم بالغ الأهمية . فالخلف العام هو من انتقل إليه المجموع المعنوي من المال بما يشمل عليه من حقوق ودبون . أو انتقلت إليه حصة من هذا المجموع . أما الخلف الخاص فهو من انتقل إليه مال معين بالذات لا مجموع معنوي من المال ، دون أن تنتقل إليه الديون إلا بشروط معينة . والفرق كبير بين الخلف العام والخلف الخاص كما هو معروف ، فإذا هدمت فكرة المجموع المعنوي فعلى أى أساس يقوم إذن التمييز بين الخلف العام والخلف الخاص ؟

وأما السبب الثاني فيرجع إلى أن فكرة المجموع المعنوي ، وهي الفكرة التي قامت عليها القاعدة التي تنص بأن أموال المدين ضامنة لديونه . لا تزال هي خير تفسير للدعوى غير المباشرة وللدعوى البولصية والدعوى الصورية ، وهي دعوى أهميتها لا تنكر . فالدائن يكون له حق ضمان عام على أموال مدينه ، وهذا الضمان العام هو الذي يسوغ أن ينوب الدائن عن مدينه نيابة قانونية فيرفع باسمه الدعوى غير المباشرة ، وأن يجعل تصرف مدينه القائم على الغش أو على الصورية غير نافذ في حقه ليرجع المال الذي تصرف فيه المدين إلى ضمانه العام (٢) .

(١) إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ١٤ ص ٢٣ .

(٢) ولا يبرر الأستاذ إسماعيل غانم أهمية لقيام الدعوى الثلاث على مبدأ أن أموال المدين ضمان عام للدائنين ويقتصر في إحدى حواشي رسالته على أن يقول : « ونكاد نكدن في غير حاجة إلى القول بأن الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية وغيرها من الإجراءات التحفظية المختلفة لا تقتضي أصلاً قيام فكرة المجموع من المال . ففي مباشرة هذه الدعوى أو القيام بهذه الإجراءات لا يفعل الدائن أكثر من التمهيد لاستعمال حقه في الحجز ، فتتصل هذه الدعوى والإجراءات بعلاقة المسئولية » (إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ١٧ ص ٣٠ هامش ١) . وقد سبق لنا أن رددنا هذه الدعوى الثلاث إلى فكرة الضمان العام للدائنين ، فقلنا في الجزء -

١٤٩ - انهزام النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة الاندماج في

الشخصية: ولكن يمكن القول ، كما قلنا ، إن النظرية التقليدية في اللزمة المالية قد انهضت فيما يتعلق بفكرة الاندماج في الشخصية . فهذا المجموع المعنوي من أموال المدين وديونه شيء مستقل عن شخصه ، وقد ينفصل عنه (١) . والنتيجتان الرئيسيتان اللتان أراد أوبري ورو استخلاصهما من

= الثاني من الوسيط : « وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره... أما الدعاوى الثلاث فهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . ففي الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكنت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفي الثانية - الدعوى البولصية - يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن ، فيظن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفي الثالثة - دعوى الصورية - يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف في ماله فيخرجه من الضمان العام بتصرف صوري ، فيظن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه . فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى في ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البولصية ، وإما أن يستبقى ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تركز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين » (الوسيط ٢ فقرة ٥٢٦ ص ٩٤٠ - ص ٩٤١) .

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحاته في هذا المعنى : « فليست اللزمة المالية صفة من صفات الشخص كما قال أوبري ورو ومن تبعهما من أنصار النظرية التقليدية . وعلى ذلك يجب استبعاد جميع النتائج التي ترتبها المدرسة القديمة على ذلك التكيف القانوني الخاطئ . أما أن اللزمة المالية ليست وصفاً للشخص ففهوم حتماً من قولنا إنها مجموعة من الحقوق . والغريب أن فقهاء المدرسة التقليدية يعرفونها كذلك ، ثم ينحرفون عن هذا التعريف فيقولون إن اللزمة مجرد معنى في الذهن (abstraction) وإنها الوعاء الذي تستقر فيه الحقوق والالتزامات ، وإن الوعاء قد يوجد دون أن توجد حقوق أو التزامات ، وعلى ذلك تكون اللزمة وصفاً اعتبارياً لاصفاً بالشخص ... أما أنها الوعاء الذي ينتظم الحقوق والالتزامات لا هذه الحقوق والالتزامات بعينها ، فإن هذا الوصف يؤدي بنا إلى الخلط بين فكرة اللزمة وفكرة الشخصية أو أهلية الوجوب . وقد خلط الفقهاء الإسلاميون فعلاً بين هاتين الفكرتين . فهم يقولون إن اللزمة ظرف يستقر فيه الوجوب . وقد عرفها الغزبي عبد السلام (من فقهاء الشافعية) بأنها تقدير أن الإنسان يصلح للالتزام والإلزام من غير تحقق له . فاللزمة وأهلية للوجوب عندهم شيء واحد ، ولذلك يقولون إن الإنسان يولد وله =

فكرة الاندماج في الشخصية ليستا صحيحتين كما تبين مما تقدم . فالذمة المالية قد تنفصل عن صاحبها في حال حياته ، كما أنها قد تتجزأ وقد تتعدد ، فلا محل إذن للقول باندماج الذمة المالية في شخص صاحبها . بل إننا نرى ، بالرغم من الرأي السائد في الفقه الفرنسي ، أن الذمة للمالية ، كما تنفصل عن صاحبها ، قد لا تستند إلى شخص ما . فيقوم مجموع من المال ذمة مالية ، لا لشخص طبيعي أو معنوي ، بل يكون مجموع المال هو ذاته الشخص المعنوي . ويتميز عن الأشخاص الطبيعية المألوفة بأنه ليس مجموعا من الأشخاص الطبيعية اندمجت في شخص معنوي ، بل هو مجموع من المال أصبح هو نفسه شخصا معنويا . وخير الأمثلة لذلك نجدها في الوقف ، وفي المؤسسات ، وفي التركة قبل سداد الديون في رأى من يقول بأنها في ملك المورث حتى تسدد الديون^(١) .

المبحث الثاني

الحلول العيني (*)

(La subrogation réelle)

١٥٠ - ماهر الحلول العيني : الحلول العيني بوجه عام يكون بخروج

= ذمة صالحة للوجوب له وعليه بخلاف سائر الحيوانات ، مما أدى بالبعض إلى القول بأن الذمة أمر لا معنى له ولا حاجة إليه في الشرع ، وأنه من مخترعات الفقهاء يعمرون به عن وجوب الحكم على المكلف بشوته في ذمته (من التلويح) هـ (شفيق شحاتة فقرة ٦ ص ١٠ - ص ١١) .

(١) شفيق شحاتة فقرة ٦ ص ١٢ - قارن مع ذلك حسن كبيرة فقرة ٩ ص ٢٣ - ٢٤ .

(هـ) مراجع : أوبري ورو وإسمان ٩ فقرة ٥٧٦ - بلانويول وريبير ريبكار فقرة ٢٦ -

فقرة ٣٥ - بيدان وفواران ٤ - بنكاز تكله بودري جزء ٣ فقرة ٣٤٥ وما بعدها .

رسائل : Masseron رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ - Paulmier رسالة من باريس

سنة ١٨٨٢ - Stora رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - Aurange رسالة من جرينوبل سنة

١٩١٠ - Magnillat رسالة من ليون سنة ١٩١٢ - Henry رسالة من نانسي سنة ١٩١٣ -

Bornet رسالة من ليل سنة ١٩٢١ - منصور مصطفى منصور رسالة (بالعربية) من القاهرة

سنة ١٩٥٣ (وطُبعت في سنة ١٩٥٦) .

أبحاث : ديموج في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٢٣٦ وما بعدها وص ٢٩٥ وما بعدها

وص ٢٤٦ وما بعدها - والمجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ١٨٣ وما بعدها - كاپيتان

في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٩ ص ٣٨٥ - ص ٤١٦ - Cerban في المجلة الفصلية

لقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٤٧ - ص ٦٤ .

مال من ذمة شخص ودخول مال آخر في نفس الذمة بدلا من المال الذي خرج ، فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسرى عليه نفس النظام القانوني الذي كان سارياً على المال القديم .

وقد وضع أوبري ورو نظرية تقليدية في الحلول العيني ألحقها بنظريته في الذمة المالية ، إذ أوجب أن يكون الحلول العيني دائماً في مجموع معنوي من المال ، وبذلك تتلاقى نظرية الذمة المالية بنظرية الحلول العيني . وقد أخذ الفقه أخيراً ينتقد النظرية التقليدية في الحلول العيني ، ويقول بنظرية حديثة . فنتناول بالبحث النظرية التقليدية ، ثم النظرية الحديثة .

المطلب الأول

النظرية التقليدية في الحلول العيني

§ ١ - بسط النظرية التقليدية

١٥١ - شروط الحلول العيني : يجب ، لتحقيق الحلول العيني ، توافر

شروط ثلاثة :

الشرط الأول - أن يكون هناك شخص واحد له مجموعان من المال أو أكثر . مثل ذلك الوارث الظاهر ، له مجموع المال الذي يملكه أصلاً ومجموع المال أو التركة التي وضع يده عليها دون حق . ومثل ذلك أيضاً الوارث بشرط الجرد في القانون الفرنسي ، له مجموعه الأصلي والتركة التي قبها بشرط الجرد . ومثل ذلك أخيراً المرأة المتزوجة في القانون الفرنسي ، قد يكون لها مجموع من المال يمثل اللوطة (biens dotaux) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens paraphernaux) ، كما قد يكون لها مجموع من المال يمثل المال المشترك بينها وبين زوجها (biens communs) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens propres) .

الشرط الثاني - أن يخرج مال معين ، في أحد هذين المجموعين أو هذه المجموعات ، من ذمة الشخص . ويكون خروج المال إما بتصرف قانوني كما إذا باع الشخص هذا المال أو قابض عليه أو نزعته منه ملكيته ، أو بعمل مادي

كما إذا هلك المال بتعد فيكون المتعدى مسئولاً عن التعويض أو تكون شركة التأمين مسئولة عن دفع مبلغ التأمين .

الشرط الثالث - أن يدخل مال جديد في ذمة نفس الشخص بدلا من المال الأول . مثل ذلك أن يدخل ثمن المال القديم أو ما يشتري بهذا الثمن في ذمة الشخص ، أو يدخل عوض المفاوضة ، أو يدخل التعويض عن نزع الملكية أو عن التعدى ، أو مبلغ التأمين ، أو ما يشتري بشيء من ذلك ، في ذمة الشخص .

١٥٢- أثر الحلول العيني : محل المال الجديد محل المال القديم في نفس المجموع الذى خرج منه المال القديم دون المجموع الآخر ، ويكسب المال الجديد الصفة القانونية التى كانت للمال القديم . ويكون هذا على سبيل المجاز القانوني (fiction légale) ، وبموجب هذا المجاز تنتقل إلى المال الجديد الصفة القانونية (qualité juridique) التى كانت للمال القديم .

وتستعين النظرية التقليدية بقاعدتين تستعيرهما من أقوال المحشين (glossateurs) فى القانون الرومانى . بموجب القاعدة الأولى ، كل مال يدخل في مجموع قانوني من الأموال محل بحكم القانون محل المال الذى خرج ، وهذا يفضل تماثل عناصر الذمة المالية (longibilité des éléments du patrimoine) ، فالمال الذى دخل مماثل للمال الذى خرج . وبموجب القاعدة الثانية ، لا يتحقق الحلول العيني بحكم القانون إلا في مجموع من المال ، أما بالنسبة إلى مال معين بالذات فيجب لتحقيق الحلول العيني نص فى القانون أو اتفاق خوى الشأن .

§ ٢ - انتقاد النظرية التقليدية

١٥٣- أسس مبررة قامت عليها النظرية التقليدية : يمكن القول بأن النظرية التقليدية تقوم على أسس ثلاثة : (١) الأصل التاريخي ، إذ هي تنسب إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، ومنرى أن هذه النسبة غير صحيحة . (٢) التمييز بين المجموع من المال حيث يتحقق الحلول العيني

بحكم القانون ، والمال المنفرد بذاته حيث لا يتحقق الحلول العيني إلا بموجب القانون أو الإرادة . وسنرى أن هذا التمييز أيضاً لا يقوم على أساس .
(٣) كسب المال الجديد الصفة القانونية التي كانت للمال القديم وذلك على سبيل المحاز القانوني . وسنرى ألا محل للقول بالمحاز القانوني في الحلول العيني .

١٥٤ - الأصل التاريخي - عدم صحة نسبة النظرية التقليدية إلى القانون

الروماني والقانون الفرنسي القديم : تتلخص النظرية التقليدية في قاعدتين .
أولاهما تقضي بأن الحلول العيني يتحقق بحكم القانون في المجموع من المال ،
والأخرى تقضي بأن المال المنفرد بذاته لا يتحقق فيه الحلول العيني إلا بنص
أو اتفاق . وتنسب القاعدة الأولى إلى القانون الروماني ، أما القاعدة الأخرى
فتنسب إلى القانون الفرنسي القديم .

فقد قيل إن القانون الروماني كان يقضي بتحقيق الحلول العيني بحكم القانون
في دعوى الإرث (petitio hereditatis) وفي الإحلال العهدي (substitution
fidéicommissaire) . ففي دعوى الإرث ، قيل بأن ثمن الشيء المبيع
من التركة محل محام ، وكذلك محل الشيء الذي اشترى بنقود من التركة محل هذه
النقود . ثم قيل إن هذا الحكم الخاص بالتركة عمم بعد ذلك على كل مجموع
آخر من المال ، استناداً إلى نص في الموسوعة . ولكن المتابع لأحكام القانون
الروماني في هذه المسألة لا يلبث أن يتبين أن الرجوع إنما يكون باحتوى الإثراء
بلا سبب أو بدعوى الفضالة ، لا بموجب الحلول العيني . أما الإحلال العهدي
فصورته أن يكلف شخص شخصاً آخر قد تلقى مالا من تركته ، ويسمى المكلف
(grevé) ، بأن يرد هذا المال عند وفاته إلى شخص ثالث يسمى المستحق
العهدي (appelé) . فإذا تصرف المكلف في بعض ما تلقاه من المال
واشترى بثمنه مالا آخر ، وجب عليه أن يرد هذا المال الآخر عند وفاته
إلى المستحق العهدي ، وبذلك يكون الثمن قد حل محل المال الذي باعه المكلف ،
وحل الشيء الذي اشتراه محل الثمن . وهذا لا شك حلول عيني ، ولكن لا شأن
له بمجموع المال ، فقد يكون الشيء المعهود برده شيئاً منفرداً بذاته لا مجزئاً
من المال ، فإذا بيع واشترى بثمنه شيء آخر حل هذا الشيء الآخر محل
الشيء الأول . ويتبين من ذلك أن القانون الروماني كان لا يعرف الحلول العيني

في المبرع من المال ، فدعوى الإرث بعيدة عن أن تقرر هذه القاعدة ، والإحلال العبدى ، يقرر حلولاً عيذاً - ماصلاً - حلولاً في مجموع من المال . وإنما هم المحشون (glossateurs) الذين نسبوا إلى القانون الرومانى ما ليس منه .

أما القاعدة الثانية التى تقضى بأن فى الشيء المنفرد بذاته لا يكون هناك حلول عيى إلا بنص أو اتفاق . فقد خرج القانون الفرنسى القديم عليها ، وترجع فى الحلول العيى أنفره فيما لم يرد به نص ولا اتفاق - وليس إذن صحيحاً ما قيل من أن هذه القاعدة قد ألزمها القانون الفرنسى القديم .

١٥٥ - التمييز بين المبرع من المال والمال المنفرد بزمانه على مفهوم

على أساس : سمي النظم الفرنسى التقليدى الحلول العيى فى مجموع من المال بالحلول العام ، والحلول العيى فى مال منفرد بذاته بالحلول الخاص . والتطبيقات التى توردهما النظرية التقليدية للحلول العام ليست صحيحة ، فهى إما أن تكون تطبيقات خاطئة ، أو هى تطبيقات للحلول الخاص لا للحلول العام . فلا يوجد إذن تطبيق صحيح للحلول العام . ومن ثم يصح التمييز بين الحلول العام والحلول الخاص لا يقوم على أساس .

فن التطبيقات الخاطئة للحلول العام حالة رجوع الوارث الحقيقى على الوارث الظاهر ، فيسترد الوارث الحقيقى من الوارث الظاهر ما حصل عليه هذا الأخير من متبادل لبعض أموال التركة . وقد قيل فى هذه الحالة إن المقابل الذى دخل التركة قد حل حلولاً عيذاً محل المال الذى خرج منها . ولكن الصحيح أنه يجب التمييز بين فرضين . فلما أن يكون الوارث الظاهر قد كسب المقابل تعريضاً عن عمل غير مشروع أو من نزع الملكية . فالمقابل يكون من حق الوارث الحقيقى ، لا بحكم الحلول العيى . بل بحكم أن هذا الوارث هو المالك الحقيقى الذى اعتدى على ملكه أو نزع ملكيته . وإما أن يكسب الوارث الظاهر المقابل بموجب تصرف قانونى ، فيكون أساس الرد إلى الوارث الحقيقى الإثراء بلا سبب إذا كان الوارث الظاهر حسن النية ، أو العمل غير المشروع إذا كان سبب النية ، وليس الأساس على كل حال الحلول العيى . ومن التطبيقات الخاطئة أيضاً حالة بيع التركة . فقد قيل إن بائع

التركة ، إذا كان قد باع من قبل شيئا مما اشتملت عليه ، يلتزم بأن يرد للمشتري ما حصل عليه من مقابل ، أى ثمن ما يبيع من أموال التركة والأموال التى اشترى بنقود متحصلة منها والأموال التى كسبت مقايضة على أموال التركة ومبالغ التعويض ومبالغ التأمين التى تستحق عن هلاك الأموال الموروثة ، وذلك كله على أساس الحلول العينية . والصحيح أن أساس الرد هنا هو إرادة المتعاقدين المفترضة لا الحلول العينية . ذلك أنه إذا كانت بعض الأموال قد تبدلت فى التركة المبيعة فالقانون يفترض أن المشتري يعلم بحدوث هذه التبدلات وأنه قبل شراء أموال البذل^(١) . ومن التطبيقات الخاطئة أخيراً حالة التصرف فى المجموعات المادية ، كمكتبة أو قطع ، فلو باع شخص مكتبة أو قطعاً من الغنم ، وقبل التسليم إلى المشتري تصرف فى بعض الكتب أو فى أفراد القطيع معاوضة ، فقد قيل إن المقابل يحل محل الأصل فى المجموع المادى ويجب تسليمه للمشتري ، على أساس الحلول العينية . والصحيح أنه لا محل للحلول العينية ، ويجب القول بأن بائع المكتبة أو القطيع لا يحق له التصرف بعد أن باع ، وإذا تصرف فإن تصرفه يكون صادراً من غير مالك . ولا ينفذ فى حق المشتري .

بقيت التطبيقات التى هى فى الواقع تطبيقات للحلول الخاص للحلول العام . ففى حالة أموال المفقود فى يد الوارث إذا تصرف الوارث فى بعضها بمقابل ، فإن هذا المقابل يحل حلولاً عينياً محل المال المتصرف فيه . ولكن لسنا فى حاجة هنا إلى اشتراط أن يكون ذلك فى مجموع من المال ، ولا يتغير الحكم لو نظرنا إلى المال المتصرف فيه منفرداً بذاته لا عنصراً فى مجموع . فإن المقابل يحل محله حلولاً عينياً فى جميع الأحوال . وبذلك يكون هذا التطبيق إنما هو تطبيق للحلول الخاص لا للحلول العام . وكذلك الأمر فى حالة قبول التركة بشرط الجرد . فما خرج من أموال هذه التركة يحل مقابله محله . ومناط تحقيق الحلول هنا هو خضوع الأموال لنظام قانونى خاص ، فلا أهمية لوصف

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطفي منصور فى هذا الصدد : « وما يقطع بأن أساس الرد ليس الحلول أن البائع يلتزم برد ثمن ما باعه من أموال التركة ولو كان قد قبضه ، وبالتالي اختلط بباقي أمواله ، مع أن المسلم أنه يلتزم لتحقيق الحلول أن يكون المال المستبدل محتفظاً بذاتيته المتميزة وهو شرط متخلف فى هذا الفرص » (منصور مصطفي منصور فى الحلول العينية فقرة ٣٧ ص ٥٣) .

هذه الأموال بأنها مجموع . ويكون الحلول هنا أيضاً حلولاً خاصاً ، لا حلولاً عاماً .

١٥٦ - محل للقول بالمجاز القانوني : وتصف النظرية التقليدية

الحلول العيني بأنه مجاز قانوني ، وترتب على ذلك نتيجة المنطقية وهي عدم جواز التوسع في تفسير النصوص المقررة للحلول العيني .

والواقع أن الحلول العيني ليس مجازاً ، ومعناه في جميع الأحوال إعطاء المال المستبدل حكماً قانونياً ما كان ليأخذه بحسب القواعد العامة . وهذه المخالفة للقواعد العامة لا تكفي وحدها لوصف الحلول العيني بأنه مجاز قانوني . وإنما يكون الحلول العيني مجازاً قانونياً إذا هو افترض للشئ طبيعة تخالف طبيعته ، فافترض المنقول عقاراً مثلاً . ولكن الحلول العيني لا يفترض المنقول عقاراً ، وإنما يبقيه منقولاً كما هو ، وإن كان يعطيه حكماً يخالف القواعد العامة ، فأين هذا من المجاز ؟

وإذا أمكن رد أحوال الحلول العيني إلى قاعدة عامة ، انتفى عن الحلول ، لا وصف المجاز فحسب ، بل أيضاً وصف أنه استثناء لا يجوز التوسع فيه ، ورد أحوال الحلول العيني إلى قاعدة عامة هو ما تكفلت به النظرية الحديثة .

المطلب الثاني

النظرية الحديثة في الحلول العيني

١٥٦ - بسط النظرية الحديثة

١٥٧ - التارخ للحلول العيني - الحلول العيني ليس مجازاً قانونياً :

ترد النظرية الحديثة أحوال الحلول العيني بحكم القانون إلى حالتين : (الحالة الأولى) عندما يكون هناك مجموع من المال واجب الرد ، وتراد معرفة العناصر التي يشتمل عليها هذا المجموع لتكون محلاً للرد . في هذه الحالة إذا خرج أحد هذه العناصر من المجموع قبل الرد ، وكان له مقابل ، فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل المال الذي خرج ويجب رده ضمن سائر عناصر المجموع . (الحالة الثانية) إذا كان هناك شئ خصص لغرض معين ، ثم خرج من

ملك صاحبه بمقابل . فإن هذا المقابل محل بحكم القانون محل الشيء في نفس الغرض الذي كان الشيء مخصصا له من قبل . وفي غير هاتين الحالتين لا يتحقق الحلول العيني بحكم القانون ، وإنما يتحقق بموجب نص خاص أو بناء على اتفاق ذوى الشأن .

وليس الحلول العيني مجازا قانونيا . فهو لا يخلع على الشيء المستبدل طبيعة أخرى غير طبيعته ولا يغير من تكييفه القانوني . وإنما يقتصر على جعل هذا الشيء خاضعا للرد ضمن عناصر المجموع في الحالة الأولى ، وعلى تخصيصه لنفس الغرض الذي كان الشيء المستبدل به مخصصا له من قبل في الحالة الثانية^(١) .

١٥٨ - الحانة الأولى - مجموع من المال واجب الرد : يكون هناك

حلول عيني بحكم القانون في المجموع من المال واجب الرد . ويتحقق ذلك في فروض مختلفة ، منها التركة تحت يد الوارث الظاهر إذا وجب ردها إلى الوارث الحقيقي ، ومنها بيع الوارث للتركة عندما يجب تسليمها للمشتري ، ومنها أموال المنقود إذا وجب ردها إليه عند ظهوره حيا . فإذا أخرج المطلوب منه الرد من مجموع المال الذي تحت يده شيئا بمقابل ، فإن هذا المقابل محل بحكم القانون محل هذا الشيء ويجب رده مع مائر الأشياء التي يشتمل عليها المجموع . مثل ذلك أن يبيع الوارث الظاهر من أعيان التركة التي تحت يده شيئا . ويقبض الثمن ، ثم يشتري بالثمن شيئا آخر . فإن الثمن في هذا الفرض محل بحكم القانون محل الشيء المبيع ، ثم محل الشيء المشتري محل الثمن بحكم القانون أيضاً ، وإذا طالب الوارث الحقيقي الوارث الظاهر برد التركة ، وجب على هذا الأخير أن يرددها إليه ويشمل الرد الشيء المشتري الذي حل محل الثمن . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع الوارث التركة ، وقبل تسليمها للمشتري يهلك أحد أعيانها خطأ الغير فيتقاضى الوارث تعويضاً ، أو يهلك بغير خطأ فيتقاضى الوارث مبلغ تأمين مستحقاً بعقد تأمين ، فيحل بحكم القانون التعويض أو مبلغ التأمين محل العين التي هلك . وعندما يطالب مشتري التركة البائع بتسليمها ، يجب على هذا الأخير أن يسلم فيها يسلم التعويض أو مبلغ التأمين ، أو الشيء الذي اشتراه بالتعويض أو مبلغ التأمين . إلى المشتري . ومثل ذلك أخيراً

(١) بلاتيرول وريبير وبكار فقرة ٢٩ ص ٣٤ .

إذا نزع ملكية عين من أموال المفقود للمنفعة العامة ، واستولى الوارث واضع اليد على التعويض المستحق ، فإن هذا التعويض يحل بحكم القانون محل العين التي نزع ملكيتها . وإذا ظهر المفقود ، فإنه يسترد من الوارث فيما يسترد هذا التعويض ، أو ما عسى أن يكون الوارث قد اشتراه بهذا التعويض ونرى من ذلك أن الشيء يخرج من مجموع المال واجب الرد بطرق مختلفة . فقد يخرج بتصرف قانوني ، كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو الشيء الذي اشترى بالثمن أو بدل المقايضة محل الشيء الأصلي . وقد يخرج بواقعة مادية كاهلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ويجب ، حتى يتحقق الحلول العيني بحكم القانون في هذه الحالة ، أن يكون الواجب الرد هو مجموع من المال ، لا شيء منفرد بذاته . فإذا كان الشيء الواجب الرد شيئاً منفرداً بذاته ، فإن المقابل لا يحل محله حلولاً عينياً بحكم القانون ، ويجب حتى يكون هناك حلول عيني أن يكون ذلك بموجب نص خاص (١) أو بناء على اتفاق ذوي الشأن .

١٥٩ - الفقرة الثانية - شيء مخصص لغيره معين : إذا خصص

شيء لغرض معين ، فإنه ينظر إليه باعتباره قيمة مالية بصرف النظر عن ذاتيته المادية . ويترتب على ذلك أنه إذا وقع ما يستوجب استغلال هذه القيمة المالية في شيء آخر يستبدل بالشيء الأول ، أو ما يجعل هذا الاستغلال نافعا ، واستبدل بالشيء الأول صاحبه شيئاً آخر ، فإن هذا الشيء الآخر يحل قانوناً محل الشيء الأول ، ويكون مخصصاً لنفس الغرض الذي كان الشيء الأول مخصصاً له . ذلك أن الغرض الذي خصص له الشيء الأول لا يزال قائماً ، فيبقى ويصبح الشيء الآخر مخصصاً له بدلاً من الشيء الأول . ونرى من ذلك أن الذاتية المادية للشيء غير مقصودة لذاتها في التخصيص للغرض ، والعبرة بالقيمة المالية . فإذا تجسست هذه القيمة في شيء مادي آخر ، كان من الطبيعي أن يبقى الغرض قائماً ومتصلاً بالشيء الجديد الذي تجسست فيه القيمة المالية ،

(١) انظر أمثلة للنص الخاص : م ٥٧٥/٢ تجارى فرنسى ، وم ٣٨١ تجارى مصرى ، وم ٣٧ من قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ فى فرنسا الخاص بمقت التأمين .

ومن ثم يصبح هذا الشيء الحديد مخصصاً لهذا الغرض^(١) . والذي يعتد به في هذه الحالة هو فكرة التخصيص (affectation) ، لا فكرة الأصل (origine) التي اعتد بها في الحالة الأولى .

والأمثلة على ذلك كثيرة متنوعة . منها أن يهب شخص شخصاً آخر مالا أو يوصى له به ، على أن يخصص هذا المال لعمل معين من أعمال البر والإحسان . فهذا المال قد يخصص لغرض معين ، فإذا باعه الموهوب له أو الموصى له به واشترى بثمنه مالا آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل بحكم القانون محل المال الأول ، ويصير مخصصاً لعمل البر الذي كان المال الأول مخصصاً له . ومن ذلك أيضاً الوقف في الشريعة الإسلامية ، فالمال الموقوف قد رصد لجهة خيرية لا تنقطع ، فهو إذن مخصص لغرض معين . فإذا استبدلت بالعين الموقوفة عين أخرى ، حلت العين الأخرى بحكم القانون محل العين الموقوفة ، وصارت وقفاً على الجهة الخيرية نفسها دون حاجة إلى إشهاد جديد بالوقف . ومن ذلك أيضاً ملكية الأسرة ، فإذا اتفق أعضاء الأسرة الواحدة على تخصيص أموال معينة لتكون ملكاً للأسرة (م ٨٥١ مدني) ، فقد خصصت هذه الأموال لغرض معين . فإذا بيعت عين من هذه الأموال واشترى بثمنها عين أخرى ، فقد حلت هذه العين الأخرى بحكم القانون محل العين الأولى ، وأصبحت داخلة في ملك الأسرة . ومن ذلك أيضاً المال الشائع المتفق على بقاءه في الشيوع لمدة معينة ، فقد خصص هذا المال لغرض معين ومن أجل ذلك اتفق على بقاءه في الشيوع . فإذا نزع ملكية هذا المال للمنفعة العامة أو هلك ، واشترى بالتعويض مال آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل قانوناً محل المال الأول ، ويصبح مثله باقياً في الشيوع . ومن ذلك أخيراً المال المرهون ، فإنه يصبح يرهنه مخصصاً لغرض معين هو تأمين الدين . فإذا هلك هذا المال بخطأ الغير أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، فإن التعويض (أو مبلغ التأمين إذا كان المال مؤمناً عليه) يحل بحكم القانون محل المال المرهون ، ويصبح مثله محملاً بنفس التأمين .

(١) وفي هذا ضرب من التناسخ ، فإن القيمة المالية ، التي كانت حالة في شيء مادي معين بالذات ، حلت الآن في شيء مادي آخر ، كما قيل في تناسخ الأرواح من أنها تنتقل من جسم إلى جسم آخر .

ورى من ذلك أن الشيء في هذه الحالة الثانية يخرج ويحل محله شيء جديد ، على النحو الذى رأيناه في الحالة الأولى . فقد يخرج بتصرف قانونى كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو البديل محله . وقد يخرج بواقعة مادية كالهلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ومعنى أن يحل الشيء الجديد حلولا عينيا محل الشيء القديم ، أنه يخضع لنفس النظام القانونى الذى كان الشيء القديم خاضعا له بحكم تخصيصه للغرض المعين الذى كان مخصصا له . فيصبح الشيء الجديد مثلا خاضعا لنظام الوقف كما كان الشيء القديم ، أو يصبح جزءا من ملكية الأسرة ، أو يصبح باقيا في الشروع ، أو يصبح محلا للتأمين العيني ، إلى غير ذلك من النظم القانونية المختلفة التى كانت الأشياء القديمة خاضعة لها . وقد قدمنا^(١) أن الحلول العينية ليس مجازا قانونيا ، فهو لا يغير من طبيعة المال ولا يعدل من وضعه القانونى ، وإنما يجعل الشيء الجديد خاضعا لنفس النظام القانونى الذى كان الشيء القديم خاضعا له .

١٦٠ - رد مالى الحلول العيني إلى مائة وأمرة هي مائة الخضر

نظام قانونى معين : ومن أجل ذلك أخذ بعض الفقهاء المحدثين^(٢) بفكرة مبسطة في الحلول العينية . فعند هؤلاء الفقهاء لا توجد إلا حالة واحدة في الحلول العينية تضم الحالين المتقدمين الذكر . فحيث يخضع المال ، سواء كان مجموعا من المال أو كان مالا منفردا بذاته ، لنظام قانونى خاص بسبب تخصيصه لغرض معين ، فإن بدل هذا المال يحل بحكم القانون محله ، فيخصص لنفس الغرض ، ويخضع لنفس النظام القانونى الخاص . يستوى في ذلك المجموع من المال الواجب الرد فإن هذا المجموع مخصص للرد وخاضع لنظام قانونى خاص ، والمال المنفرد بذاته فهو أيضاً مخصص لغرض معين وخاضع لنظام

(١) انظر آنفا فقرة ١٥٧ .

(٢) نظرا إيمان في الأسبوع الثماني ١٩٢٨ ص ٦٦ - دى باج ٥ فقرة ٣٩٤ وما بعدها -

ييدان وفواران ٤ فقرة ٤٢ وما بعدها - منصور مصطفى منصور في رسالته في الحلول العينية - إسماعيل غانم في رسالته في الذمة المالية فقرة ٥٨ .

قانونى خاص . فتتلاقى الحالتان إذن فى حالة واحدة ، هى حالة الخضوع لنظام قانونى خاص بسبب التخصيص لغرض معين .

ويظهر التخصيص كما قلنا منذ خضوع المال لنظام قانونى خاص ، أى لمركز قانونى يختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له الأموال بصفة عامة . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « ويظهر التخصيص إذا خضع المال لمركز قانونى يختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له باقى أموال الذمة . فقد يكون المال غير جائز التصرف فيه ، أو غير جائز التصرف فيه إلا بقيود معينة كالحصول على إذن شخص آخر . وقد تكون منفعة المال لغير مالكه . وقد يكون المالك هو صاحب الحق فى التصرف أو فى الإدارة على خلاف الأصل ، كما هو الحال بالنسبة للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة فى القانون المصرى والزوجة فى القانون الفرنسى بالنسبة للأموال المكتسبة من العمل الخاص . وقد يكون لبعض الدائنين على المال حقوق تقتضى تمييزهم ، على خلاف الأصل ، عن باقى الدائنين ، وهو ما يتحقق بالنسبة للتأمينات العينية جميعا . بل إن الحق قد يكون لشخص لا يعتبر دائنا للمالك المال الذى يرد عليه ، كما هى الحال بالنسبة لحق الدائن المرتهن لعقار غير مملوك لمدينه . ففى هذه الأحوال نجد أن للمال مركزاً قانونياً خاصاً ، وبذلك يعتبر مخصصاً بالمعنى الذى يناط به الحلول العينية » (١) .

§ ٢ - تطبيقات للحلول العينية فى القانون المدنى المصرى

١٦١ - عدم وضع قاعدة عامة للحلول العينية فى القانون المدنى

المصرى : لا يوجد فى القانون المدنى المصرى قاعدة عامة للحلول العينية ، وقل أن توجد هذه القاعدة العامة فى قوانين البلاد الأخرى (٢) .

(١) منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينية ص ١٣١ - وانظر فى شروط الحلول العينية نفس المرجع ص ١٢٦ - ص ١٣٢ وص ١٤١ - ص ١٥٤ - حسن كيرة فقرة ٤٤ .

(٢) فلا توجد إلا تطبيقات متناثرة للحلول العينية فى التقنين المدنى الفرنسى ، وكذلك الحال فى التقنين المدنى الإيطالى والتقنين المدنى الأسبانى والتقنين المدنى البرتغالى والتقنين المدنى السويسرى . ولا توجد قاعدة عامة فى الحلول العينية إلا فى التقنين المدنى الألمانى : انظر المواد ١٣٧٠ و ١٤٧٣ و ١٥٢٤ و ٢٠٤١ و ٢١١١ و ٢٣٧٤ من هذا التقنين (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥) .

ولم يحن الوقت بعد لوضع قاعدة تشريعية عامة في الحلول العيني ، والأولى أن تترك هذه المسألة للفقهاء والقضاء حتى يتم تطورها ، وتصبح قابلة لأن يحثوها تشريع مستقر ثابت .

ومع ذلك فإن التقنين المدني المصري قد اشتمل على طائفة من النصوص تقرر الحلول للعيني في كثير من الحالات ، وهذا التقنين هو من أكثر للتقنينات تعميماً للقواعد التي تقرر الحلول العيني^(١).

فنبداً بعرض النصوص الواردة في التقنين المدني المصري مقررّة للحلول للعيني ، ثم نعرض لتطبيقات أخرى للحلول العيني لم يرد في شأنها نص .

١٦٢ - نصوص في التقنين المدني المصري تقرر الحلول العيني :

هناك طوائف ثلاث من النصوص في التقنين المدني المصري تقرر الحلول العيني :
(الطائفة الأولى) وهي أهمها وأكثرها ، وتقرر انتقال التأمينات العينية من العين التي كانت مثقلة بهذه التأمينات إلى العوض الذي حل محلها حينئذ محل هذه العين . وهذا العوض قد يكون الثمن ، أو التعويض من التلف ، أو مبلغ التأمين ، أو التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، أو أى عوض آخر يحل محل العين .

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في هذا الصدد : « وبالرغم من تقدم الدراسات نسبياً في هذا الصدد ، فنعتقد أن الوقت لم يحن بعد لتقرير نظرية الحلول العيني تقريراً تشريعياً . ولذلك نجد الائتانون المدني - وهو من أحدث القوانين - يسلك نفس السبيل في تجنب وضع نظرية عامة شاملة لكل صور الحلول العيني ، وهو مسلك موفق . كما وفق المشرع المصري أيضاً إذ ذهب أكثر من غيره إلى التعميم عند وضعه للقواعد التي تقرر الحلول العيني في بعض صور التخصيص . فنجد مثلاً يقرر حلول ما يستبدل بالأموال المحملة بتأمينات عينية محلها ، أيما كان التأمين العيني ، وأيما كان المقابل . كما أنه يقرر حلول كل ما يستبدل بالأموال المحملة بحقوق انتفاع محلها . إلا أنه مع ذلك لم يذهب إلى هذا الحد من التعميم في صور أخرى . فنجد مثلاً يقرر حلول الثمن محل المال المحبوس إذا بيع لخشية الهلاك أو التلف (م ٢٤٧/٣) دون أن يتعرض للصور الأخرى التي يتحقق فيها استبدال مال بالمال المحبوس ، وتقتضي حماية من له الحق في الحبس انتقال حقه إلى المال المستبدل كما لو كنا بصدد تعويض عن هلاك المال المحبوس . بل إنه سكت سكوتاً تاماً في بعض صور التخصيص ، فلم يتعرض لحكم الأموال التي تستبدل بالأموال التي اشترط عدم جواز التصرف فيها والأموال المكونة للنزعة مثلاً (منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ١٧٥ - ص ٢٧٦)

ونبدأ بالمادة ١٠٥٦ مدنى ، وهى تقرر المبدأ العام فى الرهن الرسمى ، فتتص على أن « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ، ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد » . وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١٠٤٩ مدنى على أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة » . وتطبيقاً لذلك أيضاً تنص المادة ٢/١٠٣٩ مدنى على ما يأتى : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ... » . وأورد التقنين المدنى أيضاً تطبيقاً خاصاً برهن المباني القائمة على أرض الغير رهناً رسمياً ، فنصت المادة ١٠٣٨ مدنى على أنه « يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الانقراض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق » .

هذا فيما يتعلق بالرهن الرسمى . وأما فيما يتعلق بحق الاختصاص ، فقد نصت المادة ١٠٩٥ مدنى على أن « يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » . ولم يرد فى شأن حق الاختصاص أحكام خاصة تتعارض مع النصوص التى سبق أن ذكرناها فى انتقال الرهن الرسمى إلى عوض العقار المرهون ، ومن ثم فإن هذه النصوص تنطبق على حق الاختصاص انطباقاً على حق الرهن الرسمى .

وفما يتعلق برهن الحيازة نصت المادة ٢/١١٠٢ مدنى على ما يأتى : « وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك

الشيء المرهون رهنا رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق . وهذا نص عام ينقل أحكام الحلول العيني في الرهن الرسمي إلى رهن الحيازة . ونطبقاً لذلك نصت المادة ١١١٩ مدني على أنه « ١ - إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ - ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه » . ثم ورد تطبيق خاص فيما يتعلق بالدين المرهون رهن حيازة ، فنصت المادة ١/١١٢٨ مدني على أنه « إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطالب إلى المدين إيداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه » .

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز على عقار ، نصت المادة ١/١١٣٤ مدني على أن « تسري على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .. » . ومن ثم تطبيق النصوص الخاصة بالحلول العيني في الرهن الرسمي والتي سبق ذكرها ، على حقوق الامتياز على عقار . وقد أكدت ذلك المادة ١٠٣٥ مدني حين نصت على أن « يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه » .

وفي عقد التأمين من الحريق ، طبقت المادة ١/٧٧٠ مدني الحلول العيني على مبلغ التأمين ، فنصت على أنه « إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازي أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين » .

وفي الشفعة ، طبقت المادة ٩٤٧ مدني الحلول العيني ، فنقلت التأمينات العينية من العقار المشفوع فيه إلى ما حل محله من الثمن ، إذ نصت على أنه « لا يسري في حق الشفع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده » .

إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة .
ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آت للمشتري
من ثمن العقار^(١) .

(الطائفة الثانية) وهى خاصة بالحق فى الحبس ، فهو ينتقل من الشيء
إلى ثمنه بحكم الحلول العيني . وقد نصت المادة ٣/٢٤٧ مدنى فى هذا المعنى
على ما يأتى : « وإذا كان الشيء المهبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللمحابس
أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة
١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه^(٢) .

(الطائفة الثالثة) وهى خاصة بحق الانتفاع ، فينتقل هذا الحق من الشيء
إلى عوضه بحكم الحلول العيني . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدنى فى هذا
المعنى على ما يأتى : « ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا
الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض^(٣) .

١٦٣ - تطبيقات أخرى للحلول العيني فى القانون المدنى المصرى

لم يرد فى شأنها نص : وليست النصوص التى أوردناها فيما تقدم هى كل
تطبيقات الحلول العيني فى القانون المدنى المصرى ، فهناك تطبيقات أخرى لم
يرد فى شأنها نص ، ولكن تسرى عليها القاعدة العامة فى الحلول العيني التى
تقررها النظرية الحديثة فيما قدمنا . ونذكر من هذه التطبيقات ما يأتى :

١ - الأموال الموقوفة : لم يرد فى هذا الشأن نص فى التقنين المدنى ،

سوى أن المادة ٣/٥٢ نصت على اعتبار الوقف شخصا معنويا . أما قانون
الوقف فقد نص صراحة فى المادة ١٤ منه على أن العقار أو المنقول الذى يشتري
بأموال بدل العين الموقوفة « يحل محل العين الموقوفة » ، وهذا هو الاستبدال

(١) انظر فى هذه الطائفة الأولى من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى
منصور فى الحلول العيني ص ٢١١ - ص ٢٣٥ - حن كيرة ص ١٣٩ - ص ١٤٣ - وقارن
إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٢٣ هامش ١ .

(٢) انظر فى هذه الطائفة الثانية من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى
منصور فى الحلول العيني ص ٢٤٥ - ص ٢٥٣ .

(٣) انظر فى هذه الطائفة الثالثة من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى
منصور فى الحلول العيني ص ٢٥٤ - ص ٢٦٦ .

المعروف في نظام الوقف . وكلامنا هنا مقصور على الوقف الخيري ، بعد إلغاء الوقف الأهل . فأزال البذل ، كالثمن والتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، تحل بحكم القانون حلوها عينيا محل العين الموقوفة . وما يشتري بأموال البذل من عقار أو منقول محل هو أيضاً بحكم القانون محل أموال البذل ، ويصبح موقوفاً بمجرد الشراء . ذلك أن العين الموقوفة ابتداء قد خضعت لمركز قانوني خاص يقضي بعدم جواز التصرف فيها وبصرف غلتها لجهة معينة ، إذ أنها خصصت لغرض معين . ومن ثم فإن العين التي تشتري بدلا منها تحل محلها حلوها عينيا بحكم القانون ، فتصبح وفقاً على نفس الجهة^(١) . ولا حاجة لإشهاد بوقف جديد حتى تصبح العين المشتراة موقوفة ، بل إن مجرد الشراء يجعلها وفقاً كما سبق القول .

٢ - أموال المؤسسة : أموال المؤسسة ، كالأموال الموقوفة ، مملوكة لشخص معنوي ، وهي مثلها خاضعة لمركز قانوني خاص لأنها مخصصة لغرض معين هو عمل من أعمال البر أو النفع العام . وقد نصت المادة ٦٩ مدني في هذا المعنى على أن « المؤسسة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال ، مدة غير

(١) انظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور في الحلول المعنى ص ١٧٧ - ص ١٨٣ - وقد قيل إن مال البذل إنما يخضع للقواعد الخاصة التي كان يخضع لها المال المبدل لا لأنه حل محله ، بل مجرد أنه مملوك للوقف إذ الوقف شخص معنوي (إسماعيل غانم في الذمة المالية ص ١٠٥ هامش ٢) . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في الإجابة على هذا الاعتراض : « وهو قول مردود ، إذ لا يمكن قبوله إلا إذا كان الشخص المعنوي لا يمكن أن يمتلك أموالاً أخرى غير الأموال الموقوفة ، أو كان الأصل أن ما يملكه يعتبر موقوفاً بحيث يثبت له هذا الوصف بمجرد تملك هذا الشخص له . ونهى أن كلا الأمرين غير صحيح . فالشخص المعنوي قد يملك أموالاً غير الأموال الموقوفة ، كأموال الغلة قبل توزيعها على المستحقين ، والأموال التي تكتسب بفاضل الغلة سواء قصد استقلالها أو كانت لازمة لاستغلال الأموال الموقوفة كآلات الزراعة والمواشي .. إلخ . ومن ذاهية أخرى فإن المال لا يعتبر وفقاً مجرد أنه مملوك لجهة الوقف ، ذلك أن مناط اعتبار المال وفقاً هو حصول الإشهاد على ذلك وضبطه بالمحكمة الشرعية . فالأصل الذي تخضع له أموال الشخص المعنوي هو الحرية لا الحبس ، وهو ما يدعو إلى الحاجة إلى الحلول المعنى حتى يخضع مال البذل للمركز الخاص . وأخيراً فإن المراكز الخاصة قد تعدد لتعدد الأغراض التي يراد تحقيقها من أموال الموقوفة في يد نفس الشخص المعنوي ، بحيث يجب دائماً الاحتفاظ بالفصل بين طوائف الأموال المخصصة لأغراض مختلفة ، فقد يقف شخص عدة أموال بعضها لتحقيق غرض معين والبعض الآخر لتحقيق أغراض أخرى » (منصور مصطفى منصور في الحلول المعنى ص ١٧٩ - ص ١٨٠) .

معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو عامية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى أى ربح مادى . وليس الوقف في الواقع من الأمر إلا مؤسسة تخضع للأحكام المعروفة في الشريعة الإسلامية . ويجوز الاستبدال في أموال المؤسسة كما يجوز الاستبدال في الأموال الموقوفة ، ويتحقق الحلول العيني في المؤسسة كما يتحقق في الوقف . فإذا استبدل بمال للمؤسسة مال آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل حلولا عينيا محل المال الأول ، ويخضع للمركز القانوني الخاص الذي تخضع له أموال المؤسسة ، ويصبح محصا للأغراض التي كان المال الأول مخصصا لها^(١) . وكلا استبدال الاختياري تبديل أموال المؤسسة جبرا ، كما لو نزع ملكيتها للمنفعة العامة ، أو هلكت بتعد ووجب التعويض ، أو تلفت وكان مؤننا عليها فاستحق مبلغ التأمين^(٢) .

٣ - ملكية الأسرة : تنص المادة ٨٥١ مدني على أن « لأعضاء الأسرة الواحدة ، الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة . وتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية » . وتنص المادة ١/٨٥٣ مدني على أنه « ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا » . وتنص المادة ١/٨٥٤ مدني على أن « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر ، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغير في الغرض الذي أهد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » . ونرى من هذه النصوص أن ملكية الأسرة مال شائع بين أفراد الأسرة ، وقد خصص لغرض معين يرجع إلى

(١) ولا يفترض هنا ، كما لا يفترض في الوقف ، بأن المؤسسة شخص معنوي فالمال الذي يستبدل ويدخل في ملكها يصبح خاضعا لنظامها ، لا بحكم الحلول العيني ، بل بحكم أنه أصبح مالا مملوكا للمؤسسة . والرد على هذا الاعتراض هو نفس الرد على الاعتراض الذي رأيناه في الوقف (انظر منصور مصطنع في الحلول العيني ص ١٨٥) .

(٢) انظر في هذه المسألة منصور مصطنع في الحلول العيني ص ١٨٤ - ص ١٨٩

وحدة العمل أو المصلحة التي تجمع ما بين أفراد الأسرة ، وأخضع لمركز قانوني خاص يكفل تحقيق هذا الغرض . ويقضى هذا المركز القانوني بأنه لا يجوز للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لشريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء جميعا ، ويعين من بين أفراد الأسرة مدير لهذا المال له سلطة واسعة في إدارته لتحسين طرق الانتفاع به . فهذه شروط الحلول العينية كلها متوافرة . ويترتب على ذلك أنه إذا أبدلت بعين من مال الأسرة عين أخرى ، بسبب تصرف قانوني أو هلاك أو نزع ملكية أو عقد تأمين أو غير ذلك ، فإن هذه العين الأخرى تحل محل العين الأولى حلولا عينيا بحكم القانون ، وتصبح مثلها جزءاً من مال الأسرة ، مخصصة لنفس الغرض ، وخاضعة للمركز القانوني الخاص الذي تخضع له سائر أموال الأسرة^(١).

٤ - الأموال التي لا يجوز التصرف فيها : قد تكون هناك أموال

لا يجوز التصرف فيها ، فتخضع لمركز قانوني خاص تحقيقاً لغرض معين . من ذلك ما نصت عليه المادة ٨٢٣ مدني من أنه ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير . ثم نصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف يخالف له يقع باطلاً . كذلك يكون المال غير جائز التصرف فيه بحكم القانون بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (م ٦١٦ مرافعات) ،

(١) انظر في هذه المسألة منصور مصطفي منصور في الحلول العينية ص ٢٠٥ - ص ٢١٠ - ويقول في النباية : « فإذا صح ما ذهبنا إليه بالنسبة لملكية الأسرة ، فإنه يسرى أيضاً في الشيوع العائلي إذا اتفق على البقاء في الشيوع مدة معينة ، وحيث لا يجوز طلب القسمة خلال هذه المدة . فإن استبدل بمال من الأموال المملوكة على الشيوع والتي تلام بطبيعتها لاستغلال الأموال الأخرى مال آخر ، فإنه المال المستبدل يدخل بقوة القانون في الأموال الشائعة ، ويسرى بالنسبة إليه الاتفاق على البقاء في الشيوع إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها » (منصور مصطفي منصور في الحلول العينية فقرة ١٢٢ ص ٢١٠) .

إذ يصبح مخصصا لوفاء الدين وخاضعا لمركز قانوني خاص . ففي هذه الحالة وفي الحالة المتقدمة ، يكون المال غير الحائز التصرف فيه مستوفيا لشروط الحلول العيني ، فهو مال خاضع لمركز قانوني خاص إذ لا يجوز التصرف فيه ، وكل تصرف يقع باطلا لأن عدم التصرف يعتبر تكليفا عينيا يتصل بذات المال . ثم هو مخصص لتحقيق غرض معين ، قد يكون حماية مصلحة مشروعة لمشترط عدم التصرف أو لمن تصرف له هذا المشترط أو للغير ، وقد يكون وفاء دين ينفذ به على المال . فإذا أبدل بهذا المال مال آخر عن طريق التبديل الجبري ، كأن هلك هذا المال أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو حتى عن طريق التصرف القانوني كأن أذن القاضي في التصرف فيه بالرغم من عدم جواز التصرف لضرورة أو مصلحة كأن كان آيلا للنهدم وأريد بيعه أنقاضا أو كان قليل المنفعة ويمكن استغلال قيمته بطريقة أفضل ، فإن المال الآخر يخل محل المال الممنوع التصرف فيه حلولا عينيا بحكم القانون ، ويصبح خاضعا لنفس المركز القانوني الخاص فيصير هو أيضاً غير قابل للتصرف فيه ، تحقيقا لنفس الغرض الذي كان المال الأول مخصصا له (١) .

٥ - أموال القاصر من كسبه الخاص : تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال (المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) على أن يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر بحدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته (٢) . فكسب القاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمله هو مال خاضع لمركز قانوني خاص ، يتميز به عن مائر أموال القاصر . ففي حين

(١) انظر في هذه المسألة منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ١٩٠ - ص ٢٠١ .
 (٢) انظر أيضاً المادة ٦١ من قانون الولاية على المال ، وتنص على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » . وكذلك تنص المادة ٦٠ من نفس القانون على أنه « إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بنير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق » . وقد يؤذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم بعض أمواله لإدارتها على وجه معين ، وقد يؤذن له في الاتجار ببعض ماله (انظر المواد ٤٤ - ٥٩ من قانون الولاية على المال) .

لا يستطيع القاصر التصرف في سائر أمواله أو إدارتها إلا بإذن الولي أو الوصي وفي حدود مقررة ، إذا به يستطيع الإدارة والتصرف دون إذن من أحد في كسبه من عمله الخاص . ويستطيع أن يلتزم التزاما صحيحا في حدود هذا المال . وهذا المركز القانوني الخاص الذي أخضع له كسب القاصر من عمله يراد به تحقيق غرض خصص له هذا الكسب ، هو تشجيع القاصر على الكسب ما أمكنه ذلك وتدريبه في الوقت ذاته على التعامل في مال لم يقطعته من رأس ماله وإنما حصل عليه من عمله . ومن ثم تكون شروط الحلول العيني متوافرة ، ويترتب على ذلك أنه لو أبدل بمال من كسب القاصر الخاص مال آخر ، سواء كان ذلك بتصرف القاصر أو بهلاك المال أو بنزع ملكيته أو بغير ذلك من الأسباب ، فإن المال الآخر يحل بحكم القانون حلولا عينيا محل المال الأول ، ويخضع لنفس المركز القانوني الخاص . وعلى ذلك يعتبر المال الآخر في حكم المال الذي كسبه القاصر من عمله ، وتسرى عليه أحكامه ، فيستطيع إدارته والتصرف فيه دون إذن ، تحقيقا لنفس الغرض الذي خصص له كسب القاصر (١) .

٦ - أموال التركة : إذا كانت التركة غير مدينة ، فلا شك في أن ملكيتها تنتقل بموت المورث إلى الورثة ، وتختلط أموالها بأموالهم الشخصية ، فلا تتعدد ذممهم المالية ، ولا يكون هناك مجال لإعمال الحلول العيني . أما إذا كانت التركة مدينة ، ولو بديون لا تستغرقها ، فهناك مبدأان يبدو في الظاهر أنهما متعارضان . المبدأ الأول يقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، والمبدأ الثاني يقضي بانتقال ملكية أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث . ووجه التعارض هو أنه ما دمنا قد سلمنا بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فكيف تنتقل ملكية أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث وقبل سداد الدين ؟ هذا التعارض ظاهري كما قدمنا . فإن المعنى المقصود من المبدأ القائل بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، هو أن دائني التركة يستوفون حقوقهم أولا من أموال التركة ، مقدمين في ذلك على دائني الورثة ، ومقدمين على الورثة أنفسهم فلا يخلص هؤلاء ملكية أموال التركة إلا بعد أن يستوفي دائنوها حقوقهم . ولكن ملكية هذه الأموال تنتقل - طبقا لبعض المذاهب في الفقه الإسلامي -

(١) انظر في هذه المسألة منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤ .

إلى الورثة بمجرد موت مورثهم ، على أن تكون محملة بديون التركة فيصبح للورثة مالكن لأعيان التركة بمجرد موت مورثهم ، ولكن هذه الأعيان تكون محملة بخق عيني - أقرب إلى أن يكون حق امتياز - لمصلحة دائني التركة ، يستطيعون بموجبه أن يتقدموا في استيفاء حقوقهم من أموال التركة على دائني الورثة ، ويستطيعون بموجبه أيضاً أن يستوفوا حقوقهم بالرغم من أن ملكية أموال التركة قد انتقلت إلى الورثة ، كما يستوفي الدائن صاحب حق الامتياز حقه من المال المحمل بالضمان وهو في ملك المدين . وبذلك يتيسر التوفيق بين المبدئين المتعارضين ظاهراً ، وتنقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، ومع ذلك لا تكون هناك تركة إلا بعد سداد الدين أي أن دائني التركة يتقدمون في استيفاء حقوقهم على دائني الورثة وعلى الورثة أنفسهم^(١) . ويترتب على ذلك أن الوارث ، بعد انتقال الشركة إلى ملكه ، يجمع بينها وبين ماله الخاص ، فتكون له ذمتان مالتان منفصلتان مادامت ديون التركة لم تستوف . ومن ثم يكون هناك مجال لإعمال الحلول العيني ، فهناك إلى جانب أموال الوارث للشخصية مال يخضع لمركز قانوني خاص هو مال التركة ، ويقضى هذا المركز القانوني الخاص بأن يكون مال التركة مخصصاً لوفاء دائنيها ، وبأن يكون هؤلاء الدائنون مقدمين في ذلك على دائني الوارث . وبذلك تتوافر شروط الحلول العيني ، فإذا أبدل بعين من أعيان التركة عين أخرى ، بسبب تصرف قانوني أو هلاك أو تلف أو نزع ملكية للمنفعة العامة أو غير ذلك ، فإن العين الأخرى تحل بحكم القانون حلاً عيانياً محل العين الأولى ، وتخضع لنفس النظام القانوني الخاص ، وتكون مخصصة لنفس الغرض أي لوفاء ديون التركة . ويكون للوارث في الشريعة الإسلامية أشبه ما يكون بالوارث في القانون الفرنسي للذي قبل الميراث بشرط الجرد ، فهذا الوارث أيضاً له ذمتان مالتان ، ويتحقق الحلول العيني إذا أبدل بمال من التركة التي قبلها بشرط الجرد مال آخر . ويستوى ، فيما قدمناه في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أن تكون التركة قد خضعت لإجراءات التصفية أو لم تخضع لها^(٢) . ففي الحالتين يتحقق

(١) انظر في هذا المعنى شفيق شحاته ص ١٢ - ص ١٣ - إسماعيل غانم في الذمة المالية
فقرة ٢٦ - فقرة ٣٥ - منصور مصطلح منصور في المثلون المتي ص ٢٤٠ .
(٢) منصور مصطلح منصور في الحلول المتي ص ٢٤١ - ص ٢٤٣ - وانظر في المسألة
نفس المرجع ص ٢٣٦ - ص ٢٤٤ - وقارن إسماعيل غانم فيما قدمناه من أنه يرى أن تعدد الذمة
لا يكون إلا إذا بين مصف لتركه (انظر آنفاً فقرة ١٤٦) .

- لمول العيني في أموال التركة على الوجه الذي بسطناه^(١) .

(١) وهناك تطبيقات أخرى للحلول العيني أقل أهمية ، نجدها متناثرة في الفقه والقضاء . ففي الفقه مثلاً لا يستطيع الدائن رفع الدعوى البولصية ضد خلف الخلف إذا تلقى هذا حقه بموض وكان حسن النية ، فيقتصر الدائن دعواه على المدين والخلف وينفذ بحقه على المقابل الذي أخذه هذا الأخير . والمقابل الذي ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذي كان ضماناً للدائن ، وهذا نوع من الحلول العيني (انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٩ ص ٨١٣ هامش ١ - منصور مصطلح منصور في الحلول العيني ص ٢٨٢) - وفي القضاء قضت محكمة النقض بأن بيع البضاعة المتعاقدة عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدي إلى انفساخ هذا العقد ، ولا يسوغ في ذاته الفسخ ، إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن هلاك الشيء المبيع هو زواله من الوجود بموتوماته الطبيعية بسبب آفة سبادية أو حادث مادي بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقائي قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك ، وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذي كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها ، وهو الذي ينصرف إليه أثر البيع (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

وهناك تطبيقات للحلول العيني خاصة بالقانون الفرنسي . منها أن المفقود يسترد عند ظهوره حيا ثمن الأموال التي تصرف فيها وارثه والأموال التي كسبت بالثمن الذي بيعت به أمواله (م ١٣٢ مدني فرنسي - أما في مصر فأحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق ، ولا يسترد المفقود إلا الأعيان بذاتها من ماله التي توجد بيد الوارث) . ومنها ما يتحقق من حلول عيني في النظم المالية المختلفة للزواج : في أموال الدوطة ، وفي الأموال المشتركة بين الزوج والزوجة ، وفي الأموال الخاصة بكل من الزوجين ، وفي كسب الزوجة من عملها الخاص (biens réservés) . ومنها رجوع اللواهب في تركة الميت بما وهبه إياه (succession anormale, retour successoral) .

الباب الثاني

الأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها

١٦٤ — الحق غير المادي والشيء غير المادي — نص قانوني : يقال في بعض الأحيان إن الحق يكون إما مادياً (corporel) ، أو غير مادي (incorporel) . وهذا القول لا أساس له ، ذلك لأن الحق يكون دائماً غير مادي . والمادي هو الشيء محل الحق ، أما الحق فهو معنى ، أي يقوم في الفكر مجرداً غير محسوس . وكل من الحق العيني والحق الشخصي — وهما الحقان اللذان يقعان على الشيء المادي — هو معنى ، ولا يمكن أن يكون مادياً . فحق الملكية معنى يقع على شيء مادي ، وكذلك الحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الامتياز . والحقوق الشخصية جميعها ، سواء كان محلها نقل حق عيني أو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ، معنوية لا مادية ، وإن كانت تتعلق بأشياء مادية . ويرجع إلى القانون الروماني القول بالحق المادي ، أي الخلط بين الحق ومحلّه . فقد كان فقهاء الرومان يميزون حق الملكية عن سائر الحقوق من عينية وشخصية ، إذ كان حق الملكية يفارق سائر الحقوق بأنه يعطى صاحبه أوسع السلطات على الشيء الذي يقع عليه ، فيستغرق الحق الشيء في نظر هؤلاء الفقهاء . ومن ثم سهل عليهم أن يخلطوا ما بين حق الملكية وهو غير مادي كما قلّمنا كسائر الحقوق ، وبين الشيء وهو مادي دائماً . وترتب على هذا الخلط بين الحق ومحلّه أن كسب حق الملكية في نظرهم طبيعة للشيء ، فصار هو أيضاً مادياً مثله . ومن هنا استطاع النقلة الرومان أن يقسم الحقوق إلى مادية وهذا هو حق الملكية على التوجد للنبي بسطناه . وإلى غير مادية وهذا هي الحقوق جميعاً من عينية وشخصية مادياً حق الملكية . والصحيح هو ما قلّمنا

من أن جميع الحقوق ، ويدخل فيها حق الملكية ، غير مادية ، أى لا تدرك إلا بالفكر ، وليس لها جسم محسوس تتمثل فيه كما تتمثل الأشياء المادية في أجسام محسوسة .

وإذا كان التقسيم ما بين مادية وغير مادية لا يرد على الحقوق لأنها كلها غير مادية ، فإنه يرد على الأشياء ، فمنها المادى (corporel) وهو الغالب ومنها غير المادى (intellectuel) . وقد كانت الأشياء المادية وتقسيماتها والحقوق التى ترد عليها محل البحث فى الباب الأول . أما هنا فى الباب الثانى ، فحل البحث هو الأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها . والحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية هى من باب أولى غير مادية ، وعلى ذلك تكون كل الحقوق غير مادية ، سواء وقعت على شىء مادى أو على شىء غير مادى . والشىء غير المادى هو شىء لا يدرك بالحوس ، وإنما يدرك بالفكر . وأكثر الأشياء غير المادية هى نتاج الذهن ، ولذلك أمكنت تسميتها بالأشياء الذهنية (choses intellectuelles) ، وأمكن أن تسمى الحقوق التى ترد عليها بالحقوق الذهنية (droits intellectuels) . وننظر الآن ما هى الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية ، وكثرتها الغالبة تنظمها تشريعات خاصة ، وقد نصت المادة ٨٦ مدنى على أن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الأموال المعنوية هى التى ترد على شىء غير مادى » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى « الأموال التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » ، وأصبح رقمه ٨٨ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ٨٨ . وفى لجنة مجلس الشيوخ تقدم اقتراح من بعض مستشارى محكمة النقض بتعديل النص على الوجه الآتى : « الملكية الأدبية والفنية والصناعية تنظمها قوانين خاصة » ، ورأوا فى الوقت ذاته أن المشروع هو الفرصة المناسبة لتنظيم هذه الملكية فذك للتشريع المرتقب من سنة ١٨٨٣ . فرد مندوب الحكومة بأن الحقوق التى ترد على شىء غير مادى لا تقتصر على هذه الأنواع الثلاثة من الملكية ، وإنما تجاوزها إلى أنواع أخرى كلكية المحل التجارى بوصفه مجموعها من الحقوق وللدیون التى صدرت تشريعات خاصة تنظم المعاملات المتعلقة بها ، ولأن أخذ بالاقتراح لقصر النص عن الإعراب من دلالته . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أبعد جهة توضع فيها أحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية هى لقانون المدنى ، ولم يسلك أى من القوانين الحديثة السبيل المقترح ، لأن تنظيم هذا النوع من الملكية ليس مجرد مسألة داخلية ، بل إن هذا -

١٦٥ - الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية : أكثر هذه

الحقوق كما قدمنا هي حقوق ذهنية . والحقوق الذهنية هي حق المؤلف (droit d'auteur) وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية (propriété littéraire et artistique) ، والحقوق المتعلقة بالرسالة (droits sur les lettres missives) وهي ما اصطلح على تسميتها بملكية الرسائل (propriété des lettres missives) ، وحق المخترع (droit d'inventeur) وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية (propriété industrielle) .
ويجمع ما بين هذه الحقوق جميعاً أنها حقوق ذهنية كما قدمنا ، فهي نتاج الذهن وخلق وابتكاره ، ونتولى بحثها في هذا الباب .

ونترك حقوقاً أخرى ترد على أشياء غير مادية هي الحقوق التي يتكون منها المتجر (fonds de commerce)^(١) ، وقد اصطلح على تسميتها هي وسندات

= النظام جانباً دولياً هو الذي تحت نظر من ارتبط من الدول باتفاقية جنيف التي عقدت في هذا الشأن ولم تر مصر الانضمام إليها . وإزاء هذه الاعتبارات التي راعتها التقنيات المدنية بوجه عام في إغفال تنظيم هذه الملكية ، وإزاء ما هو معلوم من تشعب الأحكام الخاصة بهذا التنظيم ودقة المسائل التي تثيرها ولاسيما في المرحلة الراهنة من حياة الثقافة في مصر ، لا يسع الحكومة إلا أن ترفع اللجنة لإقرار مسلك المشرع في مجرد الإحالة إلى تشريع خاص . وقد قررت لجنة مجلس الشيوخ عدم الأخذ بالاقتراح المقدم ، وبقاء المادة على أصلها مع استبدال كلمة « الحقوق » بكلمة « الأموال » لأن الأولى أدق في بيان المقصود . وأصبح رقم المادة ٨٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٥ - ص ٤٧٧) .

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ١٢ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي :
« يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المدني المختلط .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية : التقنين المدني السوري م ٨٩ (مطابق) - التقنين المدني الليبي م ٨٦ (مطابق) . التقنين المدني العراقي م ٧٠ وتجري على الوجه الآتي : « ١ - الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي ، كحقوق المؤلف والمخترع والفنان . ٢ - ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية أحكام للقوانين الخاصة » - قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

(١) ويتكون المتجر من عناصر مادية كالبضائع والمهمات ، وعناصر معنوية أهمها ما يأتي :
الحق في العملاء (droit à la clientèle) ، والحق في الإيجار (droit au bail) ، والسمعة التجارية أو الصنع (achalandage) ، والاسم التجاري (nom commercial) والعنوان التجاري (raison sociale) ، والشارة أو السيماء (enseigne) .

التداول التجارية (titres négociables)^(١) بالملكية التجارية (propriété commerciale) ، لأن هذه الحقوق والسندات هي من صميم مباحث القانون التجارى .

ونفرد الفصل الأول من هذا الباب لحق المؤلف لأهميته . ونعرض فى الفصل الثانى للحقوق المتعلقة بالرسالة ، ثم لحق المخترع فى إيجاز إذ هو أدخل فى مباحث القانون التجارى^(٢) .

وقبل ذلك نقول كلمة فى طبيعة هذه الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية ، وهل هى حقوق ملكية كما يطلق عليها عادة ، أو هى حقوق تختلف بطبيعتها عن حق الملكية .

١٦٦ - طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية :
اشتد الجدل فى تكييف طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية . فقد بلغ التحمس بفريق أن عدلوا حق المؤلف ، للاحق ملكية فحسب ، بل هو من أقدس حقوق الملكية^(٣) . وملكىة الإنسان لتتاج ذهنه وتفكيره وللمبتكراته العقلية ، كما يقول هذا الفريق ، هى الملكية التى تتصل بالصميم من نفسه ، وتتجسم فيها شخصيته . وهى أولى كثير بالحماية من الملكية المادية ، التى تقتضى حتماً أن يستحوذ الإنسان على أشياء مادية قد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله . وكان هذا التحمس ضرورياً حتى يستقر فى الأذهان أن

(١) وسندات التداول التجارية نوعان : النوع الأول هو الأوراق المالية (valeurs mobilières) ، وهى الأسهم والسندات وسندات قروض الدولة . والنوع الثانى هو الأوراق التجارية (effets de commerce) ، وهى الكيالات والسندات الإذنية والشيكات .

(٢) ويوجد أخيراً ما اصطلح على تسميته بالملكية العلمية (propriété scientifique) ، وهى حق يقع على الفكر المجرد ، دون أو قبل أن يتخذ لباساً مادياً من كتاب أو تصوير أو صوت أو حركة ، إذ يصبح بعد اتخاذ هذا الثوب ملكية أدبية أو فنية أو صناعية - انظر فى الملكية العلمية : Vigneron رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - Suzanne Mucier رسالة من نانسى سنة ١٩٢٥ - Nette رسالة من نانسى سنة ١٩٢٥ - Robin رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - Vivante فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢٤ ص ١٠٤ - Roublor فى الأسبوع القضاى سنة ١٩٢٥ ص ٢٠١ - Olagnier فى حق العلماء سنة ١٩٣٨ .

(٣) يؤثر عن لامارتين قوله عن حق المؤلف : (la plus sainte des propriétés)

نتاج الفكر ، وهو شيء غير مادي يخرج عن العالم المحسوس فلا تحويه اليد ولا تتعلق به الحيازة ، يمكن أن يكون كالشيء المادي محلاً للملكية . وترددت أصدااء هذه الدعاية في جميع النواحي ، حتى نجحت في خلع وصف الملكية على حق المؤلف وحق المخترع ، فأصبح الفقه ، بل والتشريع نفسه ، يتحدث عن الملكية الأدبية والفنية والصناعية . وعندما أصدر المشرع الفرنسي قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ليحل محل التشريعات التي سبقت في حق المؤلف والمخترع ، وصف هذا الحق بأنه « حق ملكية معنوية مانع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة » (droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous) (١) .

ووقف في وجه هذا الفريق المتحمس فريق آخر ينكر على حق المؤلف والمخترع أن يكون حق ملكية ، ويتحمس هو أيضاً في هذا الإنكار (٢) . وإذا كان المقصود بعبارة « الملكية الأدبية والفنية والصناعية » هو تأكيد أن حق المؤلف والمخترع يستحق الحماية كما يستحقها حق المالك ، فهذا صحيح . وهذا هو المعنى الذي قصد إليه أولاً ، عندما استعملت هذه العبارة للدعاية والكفاح في سبيل حماية حق المؤلف . أما إذا كان المقصود أن حق المؤلف والمخترع هو حق ملكية حقيقي ، وأن الحق إذا وقع على شيء غير مادي لا يختلف في طبيعته عما إذا وقع على شيء مادي ، فهذا أمر في حاجة إلى إمعان في النظر .

ذلك أن الشيء غير المادي هو شيء لا يدخل في عالم الحس ولا يدرك إلا بالفكر المجرد ، فهو حتماً يختلف في طبيعته عن الشيء المادي الذي يدرك بالحس وله جسم يتمثل فيه . فإذا خطونا خطوة أخرى ، وتصورنا أن هذا

(١) أما في مصر ، فإن قانون حماية المؤلف (رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) قد تجنب عمداً أن يصف حق المؤلف بأنه حق ملكية ، مؤثراً عدم الخوض في هذه المسألة التي يجدر تركها للفقه والقضاء يسيران فيها مقتضيات التطور . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور : « وقد رُوي في المشروع المطروح ... عدم التقيد بنظرية معينة ، وعدم إيراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، عل أن يترك ذلك لاجتهاد القضاء ورجال الفقه ، وخاصة وأن مثل هذه النظريات تنفخ لتطور دائم متصل بتطور الجماعة الإنسانية ذاتها » .

(٢) انظر Ch. Renouard و P. J. Proudhon وقد أشير إليهما في فلانويل ورييوز وميكر ٣ ص ٢٧٧ هامش ١ .

للشيء غير المادى هو الفكرة من خلق الذهن وإبتكاره ، أدركنا المدى الواسع للذى يفصل ما بين عالم الفكر وعالم المادة . فالمادة توثق ثمارها بالاستحواذ عليها ، والاستثمار بها . أما للفكر فعلى النقيض من ذلك ، يوثق ثماره بالانتشار لا بالاستثمار ، وبالاتقال من شخص إلى آخر بحيث يمتد إلى أكبر مجموع ممكن من الناس يقتنعون به ويستقر في أذهانهم ، وعندئذ يمكن القول بأن الفكر قد أتى حقا ثماره . صحيح أن الفكر يحتاج إلى مجهود عقلى ، والمجهود العقلى لا شك فى أنه عمل مضمّن شاق . ولكن جزاء المجهود ليس حتماً هو الملكية ، بل إن جزاءه هو الأجر ، شأنه فى ذلك شأن أى عمل آخر مادى أو فكري . ولا أحد ينكر على المؤلف أو على المخترع حقه فى الجزاء المالى على عمله ، ولكن هذا الجزاء ليس هو الملكية التى تتنافى طبيعتها مع طبيعة الفكر ، بل هو الحق المالى للمؤلف أو المخترع فى احتكاره استثمار فكره مادام حيا ولمدة معقولة بعد وفاته .

وتتنافى طبيعة الملكية مع طبيعة الفكر من ناحيتين : (الناحية الأولى) أن الفكر لصيق بالشخصية بل هو جزء منها ، ومن ثم فقد وجب تقييد نتائج الفكر بهذا الاعتبار الأساسى ، فيوجد إلى جانب الحق المالى للمؤلف الحق الأدبى . وهذا الحق من شأنه أن يمكن المؤلف ، حتى بعد أن يبيع حقه المالى للناشر ، أن يعيد النظر فى فكره . وقد يبدو له أن يسترد من التداول ما سبق نشره ، بل وله أن يتلغه بعد أن يعرض الناشر ، وبذلك يستطيع أن يرجع بإرادته وحده فيما سبق له إجراؤه من التصرف . أما من يتصرف فى شيء مادى تصرفاً باتاً ، فليس له بإرادته وحده أن يرجع فى هذا التصرف ، ولو فى مقابل تعويض^(١) . (والناحية الثانية) أن الفكر كما قدمنا حياته فى انتشاره لا فى الاستثمار به ، وإذا كان صاحب الفكر هو الذى ابتدع نتائج فكره ، فالإنسانية شريكة له من وجهين . وجه تقضى به المصلحة العامة ، إذ لا تتقدم الإنسانية إلا بفضل انتشار الفكر . ووجه آخر يرجع إلى أن صاحب الفكر مدين على نحو ما للإنسانية ، فكفره ليس إلا حلقة فى سلسلة ، تسبقها

(١) والحق الأدبى للمؤلف على النحو الذى بطناه ، ليس حق ملكية ، أو حقا عينيا ، بل هو حق من حقوق الشخصية ، يجب تمييزه بدقة عن الحق المالى الذى نبهت هنا وحده لتبيين طبيعته (انظر مايل فقرة ٢٢٢) .

حلقات وتتلوها حلقات . فهو إذا كان قد أعان من لحقه ، فقد استعان بمن سبقه . ومقتضى ذلك ألا يكون حق المؤلف أو المخترع حقاً مؤبداً كما هو شأن الملكية المادية . وإذا كانت الملكية المادية لا تستعصى على التأبید بل هي تقتضيه كما سنرى ، فإن الحق في نتاج الفكر لا يجوز أن يكون مؤبداً بل لابد فيه من التوقيت .

من أجل ذلك يجب أن ننفي عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكية حق استئثار مؤبد ، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت . وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية عندما نفت ، منذ عهد بعيد ، عن حق المؤلف صفة الملكية ، وكيفته بأنه « حق امتياز احتكارى لاستثمار مؤقت » (privilège exclusif d'une exploitation temporaire) (١) . وإذا اعترض على هذا القول بأنه أقرب إلى الوصف منه إلى التكيف ، وبأنه لا يحال حق المؤلف ولا ينفذ إلى طبيعته ، أمكن أن يضاف إلى ما قالته محكمة النقض أن حق المؤلف هو أولاً حق كسائر الحقوق . وخصيصته أنه يقع على شيء غير مادي ، وهذا يقتضى مطاوعته لطبيعة الأشياء غير المادية ، ويتعد به عن أن يكون حق ملكية . ولكن ذلك لا يمنع من أنه يشارك الحق العيني الأصلي في خصائصه ، فهو سلطة تنصب مباشرة على شيء معين ، وإن كان شيئاً غير مادي ، وهذه السلطة نافذة في حق الناس كافة (٢) .

(١) نقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٧ سيرة ٨٨ - ١ - ١٧ - ٢٥ يولييه سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥ . وأكثر الفقهاء في فرنسا من هذا الرأي : دييوا فقرة ٢٣٢ - فقرة ٢٣٢ وفقرة ٢٥٩ وما بعدها - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧٤ ص ٥٧٨ ومع ذلك انظر فقرة ٥٦٤ - روبييه في حق الملكية الصناعية ١ فقرة ٢١ ، ومقاله في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٥ ص ٣٨٣ - بيدان وفواران ٤ فقرة ١٦١ ص ١٧٢ - پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٣٤٥٠ وفقرة ٣٤٧٤ - جوليودي لامورانديير ١ فقرة ٥٥ وفقرة ١٤٧٦ - وقارب كاربونييه ٢ ص ٢٨١ - ٢٨٢ .

وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب إلى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية : جوسران ١ فقرة ١٥٢٧ - بنكاز ٥ فقرة ٣٨٨ - مارك وريينو ٢ فقرة ٤٢٩ - Masséglarbois في حق المخترع رسالة من مونيليه سنة ١٩٦١ .

(٢) وحق المؤلف أو المخترع هو ، في الواقع من الأمر ، أقرب إلى حق الانتفاع منه إلى حق الملكية ، لولا أنه يبقى بعد موت صاحبه لمدة موقوتة .

ويخلص من ذلك أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي مستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي^(١) .

(١) وقد انقسم الفقه في مصر في هذه المسألة . ففريق يذهب إلى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية إذ أن فيه مقومات حق الملكية . وإذا نقضه التأييد فلا يوجد ما يمنع في نظر هذا الفريق من أن يكون حق الملكية غير مؤبد : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٩٠ - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٧٣ - ص ٧٥ - منصور مصطفى منصور في المدخل للعلوم القانونية ص ١٠٠ - ص ١٠١ - عبد المنعم فرج الصدة في حق الملكية فقرة ١٩٣ - وفريق آخر يذهب إلى أن هذا الحق ليس بحق ملكية ، ولكنه احتكار للاستغلال في الجانب المالى وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي : محمد علي عرفة فقرة ٣٧٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٨٩ والمدخل في القانون الخاص فقرة ٢٧٠ - حسن كيرة في أصول القانون فقرة ٢٥٦ - سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية ص ٤٩٣ - رسالة عبد المنعم الطنامل في ٣ الحق الأدبي للمؤلف ص ١٣ - ص ١٩ - وانظر أيضاً شفيق شحاته فقرة ١٥٧ - فقرة ١٦٣ (ويبدو أنه يذهب إلى أن حق المؤلف ليس حق ملكية ، ولكنه حق عيني معنوي في جانبه المالى ، وحق من حقوق الشخصية في جانبه الأدبي) .

انظر في القضاء المصرى استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤ (ويذهب الحكم إلى أن حق المؤلف هو حق احتكار للاستغلال على مذهب محكمة النقض الفرنسية) . ولكن الكثرة من الأحكام تستعمل عبارة « الملكية الأدبية والفنية » : استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٥ - ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ - مصر الكلية ٢ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ - مصر الكلية (مستعجل) ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ - استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٣ - ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧ . وقد كان التقنين المدنى الوطنى السابق (م ١٢) يصرح بأن حق المؤلف أو المخترع حق ملكية ، فيقول : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته ، وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته ، على حسب القانون الخاص بذلك » . ولكن التقنين المدنى الجديد تجنب وصف حق المؤلف أو المخترع بأنه حق ملكية ، واقتصر في المادة ٨٦ منه كما رأينا على أن يقول : « اخفوق الحق نرد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » .

الفصل الأول

حق المؤلف (*)

(الملكية الأدبية والفنية)

١٦٧ - التاريخ التشريعي لحماية حق المؤلف : لم يكن حق المؤلف

(٥) مراجع : Renouard في حقوق المؤلف في الآداب والعلوم والفنون (جزءان)

سنة ١٨٢٨ - سنة ١٨٣٩ Worms في الملكية الأدبية (جزءان) سنة ١٨٧٨ - Delalande في الملكية الأدبية والفنية ١٨٨٠ - Lyon-Caen et Delalain في التشريعات الفرنسية والأجنبية المتعلقة بحق الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٨٨٩ - سنة ١٨٩٠ - Masse في الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Pouillet في الملكية الأدبية والفنية الطبعة الثالثة (Maillard et Clars سنة ١٩٠٨) وتكته Taillefer et Claro (سنة ١٩١٨) - Pérussau رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - Benoit Joly في الحماية الثانوية للملكية الفنية سنة ١٩١٤ - Bry في الملكية الصناعية والأدبية والفنية الطبعة الثالثة سنة ١٩١٤ - Stolfi في الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٩١٦ وسنة ١٩٢٥ - Chartier في حقوق الموسيقى على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - Orente في الحماية القانونية للأعمال الدرامية رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - Hainneville في حقوق المؤلف على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - Piola-Caselli في حق المؤلف سنة ١٩٢٧ - Rault في عقد النشر في القانون الفرنسي سنة ١٩٢٧ - Myres رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ - Olignier في حق المؤلف (جزءان) سنة ١٩٣٤ - Michaelidis-Nueros في الحق الأدبي للمؤلف سنة ١٩٣٥ - Poirier في حق المؤلف سنة ١٩٣٦ - Escarra, Rault et Napp في النظرية الفرنسية في حق المؤلف سنة ١٩٣٧ - Christea رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - Cheorgiu-Verin في الحق الأدبي رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ - عبد المنعم الطنطا في الحق الأدبي للمؤلف (بالفرنسية) رسالة من باريس سنة ١٩٤٣ - Desbois في حق المؤلف سنة ١٩٥٠ وفي أنسيكلوبيدي دالوز جزء ٤ لفظ Savatier-Prop. Lit. Art. في الحق في الفن والآداب سنة ١٩٥٣ - Raynaud في حق المؤلف وعقد تحويل مصنفه رسالة من بروكسل سنة ١٩٥٥ .

محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٨٥ - فقرة ٢١١ - شفيق شحاته فقرة ١٥٧ - فقرة ١٧٥ - محمد علي عرفة فقرة ٣٧١ - فقرة ٣٩٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٨٦ - فقرة ٢٠٤ مكررة - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٥١ - ص ٧٥ - حسن كيرة في أصول القانون فقرة ٢٥٣ - فقرة ٢٥٩ - سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة فقرة ٢٥٣ - فقرة ٢٥٩ - منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٦٦ - ص ١٠١ - عبد المنعم فريج الصدة فقرة ١٩٠ - فقرة ٢٣٦ .

بجميع القانون القديم ، وإن ظهر وجه الحاجة إلى الحماية بعد اختراع المطبعة التي أمكن بها طبع الآلاف من النسخ للمصنف الواحد ، مما جعل المؤلف يرجو من وراء عمله الفكري ربحاً مادياً كبيراً . ولكن القانون ترك المؤلف دون حماية أحقاباً طويلة ، فكانت الثمار المادية لجهوده الفكرية تنهبها الناس . حلّى أن المؤلف ، في عهد الملكية في فرنسا قبل الثورة ، كان يحصل على إذن (lettre de chancellerie) في طبع كتابه ، فكانت حمايته تأتي عن طريق هذا الترخيص الملكي (concession royale) الذي كان يصدر به نسخ مصنفه أو يخنقه . ثم جاءت الثورة الفرنسية ، فعنى رجالها بإصدار التشريعات التي تحمي حق المؤلف^(١) . وكان أول تشريع صدر في هذا الشأن هو قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ ، وقد اقتصر على حماية مؤلفي المسرحيات ، فجعل للمؤلف وحده الحق في نشر مسرحيته طول حياته ، ثم لورثته مدة خمس سنوات بعد موته . ثم صدر قانون ١٩ يولييه سنة ١٧٩٢ ، بمد الحماية إلى جميع المصنفات الأدبية والفنية ، وبطيل مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى عشر سنوات . وقد أطيبت هذه المدة إلى عشرين سنة بذكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ ، مع جعل أرملة المؤلف تتمتع بحنه طول حياتها إذا كان النظام المالي للزواج يعطيها هذا الحق . ثم جعل قانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤ هذا الحق للأرملة دون حاجة لشرط في النظام المالي للزواج ، وأطال في الوقت ذاته مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى ثلاثين سنة . وحدد قانون ١٤ يولييه سنة ١٨٦٦ حقوق وريثة المؤلف وخلفائه ، وأطال مدة الحماية إلى خمسين سنة . وتلى ذلك تشريعات تفصيلية : قانون ١١ مارس سنة ١٩٠٢ وقانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ وقانون ٢٠ مايو سنة ١٩٢٠ وقانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٤ . وقد صدر أخيراً قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو قانون جامع شامل في حق المؤلف ، حل محل ما سبقه من التشريعات المتناثرة التي أسلفنا ذكرها .

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر اشتدت الحركة الدولية التي تطالب بحماية حق المؤلف ، وانتهى الأمر إلى إنشاء الجمعية الأدبية والفنية في

(١) كانت فرنسا هي البائدة بحماية حق المؤلف ، ثم تلتها إنجلترا في عام ١٨١٠ ، ثم أمريكا في عام ١٨٣١ .

شهر ديسمبر من سنة ١٨٧٨ في باريس^(١) . وقد تمكنت هذه الجمعية من عقد معاهدة برن في ١٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ بين كثير من الدول لحماية حق المؤلف^(٢) ، وأنشئ اتحاد بين الدول التي أبرمت المعاهدة للعمل على تحقيق أغراضها ، كما أنشئ مكتب دولي يتبع حكومة الاتحاد السويسري سمي بمكتب الاتحاد الدولي لحماية المؤلفات الأدبية والفنية . وتوالت المؤتمرات الدولية بعد ذلك لتوسيع نطاق حماية حق المؤلف ، فعقد مؤتمر في باريس سنة ١٨٩٦ ، وثنان في برلين سنة ١٩٠٨ ، وثالث في روما سنة ١٩٢٨ ، ورابع في بروكسل سنة ١٩٤٨ . ثم تقدمت مؤسسة اليونسكو التابعة لهيئة الأمم المتحدة ، فنظمت عقد اتفاق عالمي وقعت عليه في جنيف في ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ دول كثيرة ، لم تكن مصر من بينها . وقد نص في هذا الاتفاق على أنه لا يؤثر بأي وجه في اتفاقية برن ، ولا في انضمام أية دولة إلى الاتحاد الدولي الذي أنشأته هذه الاتفاقية . وفي خصوص مدة الحماية ، وضع اتفاق اليونسكو مبدأ هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف وخمس وعشرين سنة بعد موته . أما بالنسبة إلى الترجمة ، فقد نص الاتفاق على أنه إذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته إلى اللغة القومية لإحدى دول الاتفاق ، جاز لأي شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع إجراءات معينة ، مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً^(٣) .

(١) وكان للخطاب التاريخي الذي ألقاه فيكتور هيجو في الحفل الختامى لمؤتمر الكتاب الذي عقد في باريس عام ١٨٧٨ أثره الفعال في إنشاء هذه الجمعية الدولية ، وقد أنشئت لرعاية حق المؤلف دولياً والدفاع عنه بجميع الطرق .

(٢) وقد أكلت معاهدة برن في باريس في ٤ مايو سنة ١٨٩٦ ، وعدلت في برلين في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ، وفي روما في ٢ يونيو سنة ١٩٢٨ ، وفي بروكسل في ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٨ . ولم تنضم إليها مصر حتى الآن . وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٧ من هذه المعاهدة : « تشمل الحماية التي تكفلها هذه المعاهدة مدة حياة المؤلف وخمسين سنة بعد وفاته » . وجاء في المادة ٨ : « يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميهم هذه المعاهدة طوال حياتهم بحقوقهم على المصنف الأصلي ، وبحق مطلق في ترجمة أو إجازة ترجمة مصنفاتهم » .

(٣) وهذا ما جله بالمادة ٥ من اتفاقية اليونسكو لحماية حقوق المؤلفين في خصوص حق الترجمة : « ١ - يشمل حق المؤلف الحق المطلق في عمل أو نشر أو إجازة عمل أو نشر تراجم المصنف الذي تنطبق عليه الحماية المقررة في هذه الاتفاقية . ٢ - ومع ذلك فإن حق كل دولة متعاقدة أن تضع -

أما في مصر . فقد كان التقنين المدني الوطني السابق ينص . كما رأينا ، في المادة ١٢ منه على أن « يكون الحق فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المائي المختلط . وردد التقنين المدني الجديد صدى التقنين المدني الوطني السابق . فنص . كما رأينا . في المادة ٨٦ منه على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . وورد في تقنين العقوبات نصوص لحماية هذه الحقوق ، تفرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها . ولكن هذه النصوص ظلت معطلة لعدم صدور التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف . على أن القضاء المصري أخذ بحمي هذه الحقوق بموجب قواعد العدل ومبادئ القانون الطبيعي (م ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة وم ١١ من التقنين المدني المختلط وم ٥٢ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة)^(١) . وفي الوقت ذاته أسهمت مصر - كما نقول

= في قانونها الداخلي قيوداً بالنسبة إلى ترجمة المصنفات وفقاً للأحكام التالية : إذا انقضت سبع سنوات من تاريخ أول نشر لمصنف ولم تنشر ترجمة لهذا المصنف باللغة القومية أو بإحدى اللغات القريبة السائدة في الدولة المتعاقدة بواسطة صاحب الحق في الترجمة أو من أجاز فيها ، فلكل شخص تابع لهذه الدولة أن يلجأ إلى الجهات المختصة في الدولة ويطلب منها رخصة - غير قاصرة عليه وحده - لترجمة المصنف إلى اللغة القومية التي لم يترجم إليها . ولا تمنح هذه الرخصة إلا إذا أثبت بالطرق المتبعة في الدولة أنه طلب إلى صاحب الحق في الترجمة الإذن له في ترجمة المصنف ونشره ، وأنه لم يستطع الوصول إلى صاحب الحق أو أخذ إجازته بالرغم مما بذل من جهد ... يجب أن يقرر التشريع الداخلي الإجراءات الكفيلة بأن ينال صاحب الحق في الترجمة أجراً مناسباً مقابل ذلك مع ضمان دفعه وإرساله ، وكذلك وجوب إجراء الترجمة بدقة ...

ومن المؤتمرات التي عقدها اليونسكو من أجل حماية حق المؤلف مؤتمر روما الذي عقد في أكتوبر سنة ١٩٦١ ، وقد قرر حق المؤدى في الأداء ، بعد معارضة شديدة قامت على أساس أن المؤدى لم يبتدع شيئاً . وقد قضت المادة ٢ من الاتفاقية التي وضعت في هذا الشأن . بمنع تسجيل الأداء الشخصي للفنان وإذاعته مباشرة بدون الموافقة الصريحة أو التسمية لمن يؤديه ، ويعتبر في حكم الأداء المباشر الأداء الذي يتم بواسطة الإذاعة الإسلكية مباشرة ، ولا تنفي هذه الحماية قبل انتهاء السنة العاشرة التالية لتلك التي حصل فيها الأداء . وقررت المادة ٣ من الاتفاقية المذكورة حق المسجل في الترخيص أو في حظر نقل التسجيل الصوتي الذي قام به ، ويشمل النقل أيضاً نقل التسجيل الصوتي عن طريق الإذاعة ، ومدة الحماية عشر سنوات تلي السنة التي حصل فيها التسجيل . (انظر مرسوم الاتفاقية في كتاب حق المؤلف العربي للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ١١١ - ص ١١٥)

(١) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٥٥ م ١٧ ص ١٤٠ - ١٦ مايو سنة ١٩٥٦ =

المذكورة الإيضاحية لقانون حماية المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ - « في المؤتمرات الدولية التي عقدت لتنظيم حقوق المؤلفين . ذلك أن لجنة التعاون الفكري في تشيعة الأمم قررت في شهر ديسمبر سنة ١٩٢٣ أن تدعو إلى الانضمام إلى

= م ١٨ ص ٢٦٦ - استئناف وطني ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٢٨ ص ١٣٣ - مصر
البرطانية ٢ يونيو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ .

وقد فسدت محكمة النقض بأنه إذ نص الشارع في المادة ١٢ من القانون المدني القديم على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته على حسب القانون المخصوص بذلك » ، وإذ جاء قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بنصوص في المواد ٣٤٨ و ٣٤٩ و ٣٥٠ لحماية هذه الحقوق عن طريق فرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها ، فإن ذلك يدل على أنه قد اعترف بحق المؤلف على مصنفاته ، ووصف هذا الحق بأنه حق ملكية مع ما في هذا الوصف من تجاوز . وإذ كان التشريع الخاص بتنظيم حماية هذا الحق والتي أشارت إليه النصوص التشريعية لم يمتد إلا في سنة ١٩٥٤ بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، مما أدى إلى تعطيل نصوص قانون العقوبات في هذا الشأن ، فإن هذا لا ينفى اعتراف الشارع بحق المؤلف - وللمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليا بالطريقة التي يراها ، فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير إذن منه ، وإلا كان عمله عدوانا على الحق الذي اعترف به الشارع للمؤلف وإخلالا به ، وبالتالي عملا غير مشروع وخطأ يستوجب مبدئية فاعلة عن تعويض الضرر الناشئ عنه طبقا للمادة ١٥١ من القانون المدني القديم (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٣ ص ٦٠٢) . وقضت أيضا بأنه وإن لم يوجد نص قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يحدد مدة حماية حق الاستغلال المالي المقرر للمؤلف ، إلا أن الرأي كان مستقرا على أن هذه الحماية تظل للمؤلف طيلة حياته على الأقل (نقض مدني ٧ يوليو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه بالرغم من قصور المادة ١٢ مدني ومن عدم وجود القانون الخاص الذي تحيل إليه هذه المادة ، فإن نصا صريح في اعتراف الشارع بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته . ولا يتنص من شأن هذا الاعتراف كونه مقرونا بالإحالة إلى القانون الخاص ، لأن هذا القانون كما يذكر النص للعربي المادة ليس إلا بشأن ما يتعلق بالحقوق أو كما يذكر النص الفرنسي ما هو إلا لتنظيم الحق (la prop. lit. est réglée) ، وبديهي أن تنظيم الحق لا يتعارض في شيء مع وجوده ، بل إن تنظيم الشيء فرع عن وجوده . وتقرير المادة المذكورة حق المؤلف صراحة ، فإنها تنفي القضاء الأهل عن الالتجاء إلى القانون الطبيعي أو مبادئ العدل توصلا إلى تقريره كما فعلت المحاكم المختلطة التي ليس لديها مقابل المادة ١٢ . ومتى اعترف الشارع بحق وجبت له الحماية ، فالحماية والحق متلازمان . ولا يستطيع القضاء أن يوقت حق المؤلف دون نص تشريعي ، فليس له أمامه إلا أن يقرر أن حق المؤلف ينتقل بالإرث كغيره ويبقى لورثة أبديين ، فهذا هو المبدأ القانوني الوحيد الممكن الذي يحول بين القضاء وبين الاختصاص من سلطة المشرع (استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

اتفاقية برن جميع الدول التي لم تنضم إليها بعد . وقد وافق مجلس عصبة الأمم على هذا القرار في ٩ سبتمبر سنة ١٩٢٤ . فوجهت الأمانة العامة للعصبة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ دعوة إلى مصر للانضمام إلى هذه الاتفاقية . وقد لقيت هذه الدعوة عناية من الحكومة المصرية ، فألفت في شهر أغسطس من هذا العام لجنة لبحث هذا الموضوع وتقرير الشروط التي يجب مراعاتها عند انضمام مصر إلى هذه الاتفاقية . وقد أتمت هذه اللجنة مهمتها ، وقدمت في ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ تقريراً جاء به : إن المادة ٢٥ من الاتفاقية تحتم وجود تشريع وطني في موضوع حماية حقوق المؤلفين ، ولما كان هذا التشريع غير موجود في مصر . فقد اضطرت المحاكم المختلطة دفاعاً عن الملكية الأدبية إلى الالتجاء إلى المادة ٣٤ من لائحة ترتيبها (القديمة) وإلى المادة ١١ من القانون الملغى المختلط (وتنص كلتا المادتين على تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند عدم وجود نص في القانون أو عدم كفايته أو غموضه) . غير أن تلك الحماية . التي لا سند لها إلا أحكام القضاء ، لا تغني عن حماية تستند إلى تشريع خاص بقواعد ثابتة وحدود معينة . وانتهت في ختام تقريرها إلى القول بأن التأليف وإن لم يبلغ في مصر الدرجة المرجوة من الذبوع والانتشار ، إلا أن الاعتبار الدولي تدعو وحدها لسن القوانين اللازمة لحماية المؤلفات . وقد أخذت الحكومة وقتئذ في وضع تشريع لحماية حقوق المؤلفين ، ولأنفت لهذا الغرض لجنة في شهر فبراير سنة ١٩٢٦ ، وقد انتهت من وضع المشروع في أول مارس سنة ١٩٢٧ . ولكنها وقفت عند هذا الحد ، فلم يستأنف المشروع خطواته التشريعية . وقد دُعيت مصر بعد ذلك للاشتراك في مؤتمر روما .. الذي عقد في ٧ مايو سنة ١٩٢٨ لإعادة النظر في اتفاقية برن ، فلبت هذه الدعوة ، وأوفدت مندوبين عنها للاشتراك في هذا المؤتمر اشترافاً مقصورياً على تتبع أعماله والاشتراك في مناقشاته ، دون الارتباط بشيء باسم الحكومة المصرية . وقد قدم الوفد تقريراً ضمنه التعديلات التي أدخلها المؤتمر على معاهدة برلين . كذلك دُعيت للاشتراك في المؤتمر الذي عقدته الجمعية الأدبية والفنية الدولية في مدينة بلجراد في ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٢٨ ، فلبت الدعوة واشتركت في أعمال هذا المؤتمر . وقد أعرب رئيسه وأعضاؤه عن أملهم في أن يصدر قريباً التشريع المصري الخاص بحماية حقوق المؤلفين ، وألاً يتأخر انضمام مصر إلى معاهدة

يرن . كما أبدى الرئيس رغبته في انعقاد المؤتمر اللاحق للجمعية في مدينة القاهرة ، وقد تحققت هذه الرغبة فعقد هذا المؤتمر بالقاهرة في شهر ديسمبر سنة ١٩٢٩ . وعرضت الحكومة المصرية على المؤتمر مشروع القانون سالف الذكر ، وقد وصفه رئيس مندوبي المصريين بأنه يأخذ بأحدث المبادئ القانونية مع مراعاة تقدم العلوم واختراع الوسائل الحديثة لنشر الأخبار . فأجاب على ذلك رئيس المؤتمر قائلا إن المشروع مطابق لجميع المبادئ التي بنى عليها اتفاق برلين سنة ١٩٠٨ فيما عدا نقطتين : (الأولى) مدة حفظ حقوق التأليف التي جعلت في المشروع طيلة حياة المؤلف وثلاثين سنة بعد وفاته ، في حين أنها في اتفاق برلين مدة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . (الثانية) مدة حفظ حق الترجمة حيث جعلت في المشروع عشر سنوات بعد نشر المؤلف ، بدلا من المدة التي تضمنها اتفاق برلين وهي مدى حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته أي مدة حماية المؤلف نفسه . وأضاف رئيس المؤتمر إلى ذلك قوله : إن المشروع المصرى مطابق لمشروع القانون النموذجي الذي وضعته الجمعية الدولية الأدبية والفنية مع شيء من التوسع ^(١) .

وبقي المشروع على حاله دون أن يسن قانونا مدة طويلة ، وضعت في أثنائها اللجنة القانونية للجامعة الدول العربية في سنة ١٩٤٨ مشروعا لحماية حق المؤلف ، أوصى مجلس الجامعة الحكومات العربية باتخاذ قانونا لكل منها ^(٢) .

(١) ثم تقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف بعد ذلك ما يأتي : « وفي أثناء مفاوضات مؤتمر مونترية لإلغاء الامتيازات الأجنبية ، رغب مندوب إيطاليا إلى الدول المشتركة في المفاوضات أن تطلب إلى الحكومة المصرية : أولا - أن تسن قانونا يحمي حماية فعلية ما للراعياء الأجانب من حقوق التأليف . ثانيا - أن تكفل هذه الحماية بهتوبات جنائية تدخلها في القانون الجنائي المصري الجديد . ثالثا - أن تشترك في اتفاقية برن التي أعيد النظر فيها في مدينة روما . وقد انضم إليه في هذه الرغبة مندوب فرنسا . فأجاب المفاوض المصري على ذلك قائلا : إن الحكومة المصرية لم يفتأ الاهتمام بتلك المسألة الخاصة بحقوق التأليف ، وذلك لمصلحة المؤلفين الأجانب ولمصلحة المؤلفين المصريين مآ » .

(٢) وتنص المادة ٢٣ من مشروع جامعة الدول العربية بأن ينقضى حق الورثة في استغلال مصنف مورثهم بعد مرور ثلاثين سنة على وفاة المؤلف . وتنص المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن للورثة الذين لهم حق الاستغلال هم : أولا - زوج المؤلف وفروعه . ثانيا - أصوله . ثالثا - إخوته ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذه الحقوق إلا بعد انقراض الفريق الذي يسبقه ، وتنقسم =

وأخيراً في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ ، صدر بالمشروع قانون حماية حق المؤلف رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو قانون ، كما نقول مذكرته الإيضاحية ، ويكفل حقوق المؤلفين ، ويأخذ في هذا الصدد بأحدث المبادئ التي تضمنتها المعاهدات الدولية التي سلفت الإشارة إليها ، فضلاً عن مبادئ التشريعات الحديثة في الدول الأوروبية . وتوفق أحكامه بين حقوق المؤلفين وحقوق أئمة الاجتهاد ، كما توفق بين حقوق المؤلفين وحقوق الناشرين . وتبين مدى حق المؤلف ، ونظام هذا الحق . كما تورد تفصيلاً جملة غير مانع لأنواع المؤلفات والمصنفات التي تدعى عليها الحماية . وهذا هو القانون المعمول به في الوقت الحاضر .

وقد أعد مشروع جديد لحماية حق المؤلف . لا يزال مشروعاً حتى اليوم . وقد جاء في مذكرته الإيضاحية . بياناً لأسباب إعداده ولما يمحض على القانون المعمول به وقت طويل ، ما يأتي : « ولقد كان من الطبيعي ، بمناسبة مراجعة التشريعات القائمة مراجعة شاملة بقصد الملاءمة بين أحكامها والتطورات الاشتراكية في مجتمعنا ، أن يعاد النظر في التشريع المنظم لحماية حق المؤلف في الجمهورية العربية المتحدة . ولذا فقد أعد هذا المشروع المرافق ، وهو يتضمن من المبادئ ما يتفق في مجملته مع أحدث المبادئ التي انتهت المؤتمر الدولي السادس الإشارة إليها إلى إقرارها ، وما تضمنه مشروع الجامعة العربية . على أن هذا المشروع الجديد لا يتضمن جديداً . إلا في مسائل قليلة أهمها : (١) جعل مدة الحماية بعد موت المؤلف خمسا وعشرين سنة بدلا من خمسين (٢) وخمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة فيما يتعلق بنقل المناظر نقلاً آلياً . ولعل هذا التعديل هو أهم ما جاء بالمشروع ، ولعله هو الغرض

= الفلة بين المستحقين بالنسوى فيما بينهم . ولا تسرى وصية المؤلف على زوجه وفروعه فيما زاد على الثلث . وتقضى المادة ١١ من نفس المشروع بأن يسقط حق المؤلف في ترجمة مصنفه إلى اللغة العربية إذا لم يباشر هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى عشر سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف ، وتجوز ترجمة المصنفات إلى اللغة العربية بعد مرور سنة من تاريخ طلب الترخيص في ترجمتها من المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة دون قيامه بها ، وفي هذه الحالة يعرض المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة تعديفاً عادلاً . (انظر نصوص هذا المشروع كاملة في كتاب حق المؤلف العربي للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ٧٨ - ص ٩٠) .

الأساسى من وضع المشروع ، وإن كان تعديلا ينسم بالرجوع إلى الوراثة
 فى حماية حق المؤلف ، وهو على كل حال ليس من الاشتراكية فى شىء . (٢)
 حذف المشروع من قانون سنة ١٩٥٤ النص الذى يسمح للمؤلف أن يوصى
 بحق استغلاله لمن يشاء من الورثة أو غير الورثة دون أن يتقيد فى ذلك بنصاب
 الوصية . (٣) شدد المشروع العقوبة الجنائية التى تحمى حق المؤلف ، فجعلها
 الغرامة من ٢٠ جنيتها إلى ٥٠٠ ، وهى فى القانون الحالى الغرامة من ١٠ جنيتها
 إلى ١٠٠ . (٤) استحدث المشروع نصا موقفا لحماية المؤلف فيما يتعلق
 بالاتفاق الذى يبرمه مع الناشر ، فأجاز ، إذا اتضح أن هذا الاتفاق كان
 مجحفا لحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، أن يقضى
 للمؤلف زيادة على ما اتفق عليه بجزء من الربح الصافى الذى ينجم عن استغلال
 المصنف . (٥) استحدث نصا فيما يتعلق بحق المؤلف فى نشر رسائله ، ولكنه
 جاء نصا غير شامل للحقوق التى ترد على الرسالة . وتوجد فى المشروع ،
 إلى جانب هذه التعديلات ، تعديلات أخرى تفصيلية غير هامة وتعديلات
 لفظية محضة . وسنتناول فى أثناء شرحنا للقانون الحالى ، قانون سنة ١٩٥٤ ،
 كل ما استحدث المشروع من التعديلات : حتى يكون الشرح شاملا للمشروع
 فيما إذا قدر له أن يصبح قانونا .

١٦٨ — فظة البحث : وننتقل إلى شرح أحكام القانون رقم ٣٥٤
 لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن فى حماية حق المؤلف . وبعد أن
 نحدد فى الفرع الأول ماهى المصنفات المحمية ومن يعتبر مؤلفا لها ، نعرض
 فى الفرع الثانى لحقوق المؤلف وطرق حمايتها .

الفرع الأول .

المصنفات المحمية ومؤلفوها

١٦٩ — المصنف والمؤلف : نبين أولا ما هو المصنف (oeuvre)
 الذى يضى عليه القانون حمايته . ثم نحدد من يعتبر مؤلفا (auteur) لهذا
 المصنف حتى يتمتع بهذه الحماية .

المبحث الأول

المصنف

١٧٠ - الأساس الذي تقدم عليه الحماية هو الابتكار بغض النظر عن

قيمته : تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون حماية المؤلف على ما يأتي : « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم ، أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » . وتنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من نفس القانون على ما يأتي : « وتشمل الحماية بوجه عام مؤلفي المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة » (١) . ويتبين من هذه النصوص أن المصنف ، حتى يتمتع مؤلفه بحماية القانون ، يجب أن يستوفي ركنا شكليا وركنا موضوعيا .

أما الركن الشكلي فهو أن يكون المصنف قد أفرغ في صورة مادية يبرز فيها إلى الوجود ويكون معداً للنشر ، لأن يكون مجرد فكرة يعوزها الإطار الذي تتجسم فيه . فيجب إذن أن يكون مظهر التعبير عن الفكرة قد بلغ الغاية من الوضع المستقر ، فتكون أصول المصنف المكتوب مثلا ليست مجرد مشروع لا يزال قيد النظر والتنقيح والتغيير والتبديل ، بل يجب أن تكون هذه الأصول قد أخذت وضعها النهائي وأصبحت معدة للطبع والنشر . ولا يهم بعد ذلك نوع المصنف ، ولا طريقة التعبير عنه ، فإن طرق التعبير عن المصنفات تتعدد بحسب نوعها . ففما ما يكون مظهر التعبير عنه هو الكتابة ، وهذا هو شأن المصنفات الأدبية والعلمية ، وهي تستوفي ركنها الشكلي بمجرد أن تصبح الأصول المعدة للطبع قد بلغت مرحلتها النهائية ولبست الثوب الذي تظهر فيه للجمهور . ومن المصنفات ما يكون مظهر التعبير عنه هو الصوت ، وهذا هو شأن المصنفات الموسيقية والمصنفات التي تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب

(١) وقد نقل المشروع الجديد المادة ١/١ كما هي ، وأنقل نص المادة ٢/٢ .

والمواعظ . ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الرسم أو التصوير ، وهذا هو شأن المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الحركة ، وهذا هو شأن المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات كالتمثيل والرقص والألعاب وتكون معدة ماديا للإخراج . ومن هنا جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف تحمل ما سبق تفصيله ، فتقول كما رأينا : « وتشمل الحماية بوجه عام المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة » (١) . أما الفكرة التي لم تلبس ثوبها النهائي ، فهذه تبقى مجرد فكرة لا يتولى القانون حمايتها . ولكل شخص أن يتناولها ، مؤيدا أو مفندا ، على أن ينسبها لصاحبها . وأما الركن الموضوعي فهو أن يكون المصنف قد انطوى على شيء من الابتكار ، بحيث يستبين أن المؤلف قد خلع عليه شيئا من شخصيته . فالابتكار هو الأساس الذي تقوم عليه حماية القانون ، وهو الثمن الذي تشترى به هذه الحماية . والمصنف الذي يكون مجرد ترديد لمصنف سابق . دون أن يكون فيه أثر للابتكار ودون أن يحمل طابع شخصية المؤلف ، لا يدخل في حماية القانون . وليس من الضروري أن يكون الابتكار ذا قيمة جدية ، فأى ابتكار مهما تكن قيمته يكفي ، وتقول المادة ١/١ من قانون حماية حق المؤلف كما رأينا : « أيا كان نوع هذه المصنفات ... أو أهميتها » . وكذلك ليس من الضروري أن يستحدث الابتكار جديداً ، فالجدة لا تشترط في الابتكار ، ويكفي أن يضفي المؤلف على فكرة ولو كانت قديمة شخصيته . وأن تتميز بطابعه ، حتى يكون هناك ابتكار يحميه القانون . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف : « والحكم في كون المصنف مبتكراً أو غير مبتكر يرجع لتقدير القضاء » (٢) .

(١) ولا مقابل لهذا النص في المشروع الجديد كما قدمنا ، ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في صدد المادة الأولى منه : « وتوضح المادة أن هذه الحماية تشمل كل مصنف أيا كان مظهر التعبير عنه ، أي سواء كانت الصورة المادية التي يبرز فيها إلى الوجود هي الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحفر أو النحت أو النقش أو العمارة أو الحركة » .

(٢) وليس للناسخ ، و تقديره لتوافر شرط الابتكار ، أن يقدر القيمة العلمية أو الفنية =

وقد قلنا أن نوع المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو الغرض من تصنيفها لا يهم ، فیدخل فی حماية القانون أى نوع من المصنفات ، أيا كانت طريقة التعبير عنه ، وأيا كان الغرض من تصنيفه . ويمكن تقسيم المصنفات التى یحميها القانون إلى أنواع ثلاثة : المصنفات الأدبية والعلمية (oeuvres littéraires et scientifiques) والمصنفات الفنية (oeuvres artistiques) ، والمصنفات الموسيقية (oeuvres musicales) . ذلك أن المصنفات الأدبية والعلمية إنما يكون تأثيرها واقعا على العقل والتفكير ، فى حين أن كلا من المصنفات الفنية والمصنفات الموسيقية يتجه تأثيرها المباشر إلى الحس والشعور . وتختلف المصنفات الفنية عن المصنفات الموسيقية فى أن الأولى لابد أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه كالمصور يرسم اللوحة والنحات يصنع التمثال ، فى حين أن المصنفات الموسيقية يجوز أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه أو يقوم بها غیر المؤلف . وتتناول بالبحث هذه الأنواع الثلاثة من المصنفات .

المطلب الأول

المصنفات الأدبية والعلمية

١٧٨ - أمثلة للمصنفات الأدبية والعلمية وردت فى القانون :

أوردت المادة ١/٢ من قانون حماية حق المؤلف ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر^(١) ، أمثلة للمصنفات المحمية على مختلف أنواعها . وذكر النص من أمثلة المصنفات الأدبية والعلمية ما يأتى :

١ - المصنفات المكتوبة ، وهذه تشمل جميع المصنفات التى تصل إلى الجمهور عن طريق الكتاب ، فیدخل فيها المصنفات الأدبية والتاريخية والجغرافية

- للمصنف ، فقد ينطوى كتاب على الابتكار حتى لو كان هذا الكتاب من الكتب المدرسية ، أو حتى لو كان الكتاب لا یقرأه إلا العامة . (استئناف تخط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٥٧) - إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥٧ - منصور محطى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٧١ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون فى هذا الصدد : « وأوردت المادة الثانية بياناً للمصنفات التى تشملها هذه الحماية ، وذلك على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر » . والمادة ١/٢ مطابقة للمادة ٢ من المشروع الجديد .

والفلسفية والاجتماعية والقانونية والطبية والهندسية والزراعية والرياضية والكيمائية والفيزيائية والجيولوجية ودواوين الشعر والأزجال وجميع المصنفات المتعلقة بمختلف فروع الآداب والعلوم . ويدخل فيها أيضاً المصنفات في تاريخ الفنون المختلفة وفي تاريخ الموسيقى ، أما الفنون والموسيقى ذاتها فهذه هي المصنفات الفنية والموسيقية التي سيأتى ذكرها .

٢ - المصنفات التي تلقى شفويا ، كالمحاضرات والخطب والمواظع وما بمائلها . ويراد بذلك ما لم يعد من قبل مكتوبا ، وإلا دخل في المصنفات المكتوبة ويكون إلقاؤها بعد كتابتها هو نقلها إلى الجمهور مباشرة بطريق التلاوة العلنية ، وسيأتى أن التلاوة العلنية هي طريق من طرق النشر . ويفهم من ذلك أن المصنفات التي تلقى شفويا ولا تدخل في المصنفات المكتوبة هي المحاضرات والخطب والمواظع ودروس الأساتذة والندوات التي تدور فيها المناقشات المختلفة وما إلى ذلك ، بشرط أن يكون كل ذلك مرتجلا لم يكتب من قبل ، فيكون اللباس المادى الأول الذى أبرز فيه المصنف هو الكلام لا الكتابة ، ويكون الكلام هو الشكل الذى تجسم فيه المصنف وهو في الوقت ذاته طريق النشر الذى اختاره المؤلف . وعلى ذلك تشمل الحماية هذه المصنفات ، فلا يجوز مثلا جمع المحاضرات أو الدروس التي ألقاها أحد الأساتذة ، أو المواظع التي ألقاها أحد الوعاظ ، ونشرها دون إذن المؤلف .

٣ - المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية . وهذه مصنفات تكون في الأصل مكتوبة ، فتدخل في عموم المصنفات المكتوبة . وإنما خصها المشرع بالذكر إبرازاً لأهميتها ، ولأنها كثيرة التداول في الحياة العملية . والمصنفات المسرحية تشمل كل أنواع المسرحيات ، من تراجيدى إلى دراما إلى كوميدى إلى فودفيل إلى غير ذلك من أنواع المسرحيات . وتتجسم في مصنفات مكتوبة كما قدمنا ، فتشملها الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد نشرها على الجمهور - والنشر هنا يكون بطريق التمثيل المسرحى كما سيأتى - إلا بإذن المؤلف . والمسرحيات الموسيقية تشمل الأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت وغير ذلك من المسرحيات الموسيقية . وهي تتكون من عنصرين : أحدهما المسرحية نفسها ، أى الكلام الذى تشتمل عليه المسرحية ، وتدخل في نوع المصنفات

الأدبية التي نحن في صدد بحثها . والعنصر الثاني الوسيطى التي تقترن بالكلام ، وهذه أيضاً تحمى باعتبارها من المصنفات الموسيقية وسيأتى بيانها . والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية غير الروايات والقصص ، ولكنها جميعاً تشملها الحماية متى تجسدت فى الكتابة باعتبارها من المصنفات الأدبية ، فلا يجوز نشرها على الجمهور بغير إذن المؤلف . وقد نصت ، تطبيقاً لذلك ، المادة ١/١٤ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « لا يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل ... الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التي تنشر فى الصحف والنشرات الدورية الأخرى بدون موافقة مؤلفها » .

٤ - المصنفات السينمائية . وسرى أن هذه المصنفات تتركب من عدة مصنفات داخلية ، وفق فيما بينها حتى أصبحت مصنفات سينمائية . ففيها المصنف الأدبى الذى وضع فى شكل يجعله ملائماً للفرن السينمائى ، وفيها السيناريو وهى الفكرة المكتوبة للإذاعة بطريق السينما ، وفيها الحوار الذى وضع على ألسنة الممثلين السينمائيين ، وفيها الموسيقى إذا وضعت خصيصاً للمصنف السينمائى ، وفيها الإخراج إذا قام بعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائى ، وفيها غير ذلك مما سيأتى ذكره . وهذا كله مزيج من مصنفات أدبية ومصنفات فنية ومصنفات موسيقية ، ينتهى إلى أفلام سينمائية معدة للنشر عن طريق الإذاعة السينمائية . ولا يجوز نشرها إلا بإذن من مؤلفها ، وسيأتى بيان من هم هؤلاء المؤلفون (١) .

٥ - المصنفات التي تعد خصيصاً أو تذاع بواسطة الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون . وهذه كلها مصنفات مكتوبة ، أعدت للإذاعة عن طريق الراديو (الإذاعة اللاسلكية) أو عن طريق التلفزيون . وهى مصنفات متنوعة ، فمنها الأحاديث والقصص والمسرحيات والموسيقى والأغاني والأخبار والتعليقات والخطب والمحاضرات وغير ذلك مما نسمعه عادة عن طريق الراديو أو نراه عن طريق التلفزيون . فهى خليط من مصنفات أدبية وعلمية ومصنفات موسيقية ومصنفات فنية ، وكلها تشملها الحماية فلا يجوز نشرها أو إذاعتها إلا بإذن من المؤلف .

(١) انظر ما على فترة ٢٠٠ وما بعدها .

١٧٢ - عنوان المصنف : وقد نصت المادة ٣/٢ - من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « وتشمل الحماية كذلك عنوان المصنف إذا كان متميزاً بطابع ابتكاري ، ولم يكن لفظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف » (١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون سالف الذكر : « كما تضمنت (المادة ٢) النص على امتداد الحماية إلى عنوان المصنف ، إلا إذا كان العنوان عبارة تدل على موضوع المصنف وليست متميزة بطابع ابتكاري . وقد قصد بهذا النص أن يكون حائلاً دون انتفاع مصنف من شهرة مصنف آخر بانتماله عنوانه . فيشترط إذن في عنوان المصنف ، حتى تشملها الحماية ، أن يكون متميزاً بطابع ابتكاري . وأكثر عناوين المصنفات في العصور الحديثة ليست متميزة بهذا الطابع الابتكاري ، وليست إلا ألفاظاً جارية للدلالة على موضوع المصنف ، فلا تشملها الحماية . فإذا وضع مؤلف مصنفاً في التاريخ مثلاً ، وأسماء « تاريخ أوروبا في العصور الوسطى » ، أو مصنفاً في القانون وأسماء « النظرية العامة للالتزام » ، أو مصنفاً في الرياضيات وأسماء « حساب المثلثات » ، إلى غير ذلك من العناوين التي قصد بها أن تدل على موضوع المصنف دون أن يكون للعنوان طابع ابتكاري ، جاز لأي مؤلف آخر أن يكتب في نفس الموضوع متخذاً نفس العنوان ، ويتميز مصنفه عن المصنف السابق ، لا بالعنوان فهو واحد في المصنفين ، ولكن باسم المؤلف ، وقد يتميز أيضاً باسم الناشر وتاريخ النشر ، ثم يتميز أخيراً بالطابع الابتكاري الذي أضفاه المؤلف على عرض المسائل التي يشتمل عليها المصنف . أما إذا اختار المؤلف لمصنفه عنواناً يحمل طابع الابتكار ، كأن أسماه « مرشد الحيران » ، أو اختار صاحب المجلة لجلته عنوان « مصر المعاصرة » ، أو « مجلة القانون والاقتصاد » أو « الرسالة » أو « الثقافة » ، أو صاحب الجريدة لجريدته عنوان « الأهرام » أو « الأخبار » ، أو حملت سلسلة من المصنفات عنواناً مبتكراً كسلسلة المصنفات المعروفة بعنوان « اقرأ » ، أو حملت أغنية عنواناً خاصاً بها كعنوان « أنت

(١) لم يرد في المشروع الجديد نص يقابل هذا النص . ولكن يمكن القول إن عنوان المصنف هو جزء منه لا يتجزأ ، فتسحب الحماية التي تشمل المصنف إلى عنوانه إذا تراخى فيه شرط الابتكار . عل أن نظرية المزاحمة غير المشروعة تكن لحماية عنوان المصنف ، بل هي أكثر ملائمة لهذه الحماية ، وسرى أن للقضاء الفرنسي استند إلى هذه النظرية .

عمرى ، أو « أمل حياتى » ، واشتهر المصنف وحاز ذيو عا تحت هذا العنوان ، فإن هذا العنوان المبتكر يصبح جزءاً من المصنف نفسه ، وتشمله الحماية التى تشمل المصنف . فلا يجوز فى هذه الحالة أن يتخذ مؤلف آخر نفس العنوان لمصنفه ، إذ يخشى عندئذ أن يقع الالتباس بين المصنف السابق والمصنف اللاحق ، وأن يتمتع المصنف اللاحق دون حق بالشهرة التى تمتع بها المصنف السابق عن طريق انتحال عنوانه .

على أن القضاء الفرنسى يتشدد كثيراً فى الاعتراف لعنوان المصنف بطابع الابتكار ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مصنفاً يحمل عنوان (Queule d'amour) لا يحمل عنواناً مبتكراً . بل هو عنوان مأخوذ من ألفاظ اللغة الدارجة ، فلا تشمله حماية حق المؤلف^(١) . كذلك قضت المحاكم الفرنسية أن عناوين مثل "Louise" و "Le feu" و "La marche funèbre" و "Le printemps chante" و "Chanson d'amour" ، عناوين خالية من الابتكار الذى يستوجب الحماية ، إذ هى مأخوذة من الألفاظ الدارجة^(٢) . ولكن القضاء الفرنسى ، مع هذا التشدد ، يحمى هذه العناوين التى يعتبرها خالية من الابتكار عن طريق آخر ، فهو إذا كان لا يشملها بالحماية التى يشمل بها حق المؤلف ، إلا أنه يحمىها عن طريق المزاومة غير المشروعة . فإذا اتخذ مصنف عنواناً هو عنوان مصنف سابق ، حتى لو كان العنوان خالياً من الابتكار ، ووقع التباس بين المصنفين أفاد منه المصنف اللاحق بسبب ما حازه المصنف السابق من الشهرة ، فألحق المصنف اللاحق الضرر بالمصنف السابق ، جاز الحكم بتعويض عن هذه المزاومة غير المشروعة^(٣) . ويرتب على الاستناد إلى نظرية المزاومة غير المشروعة أن القضاء لا يكون مقيداً بمدة الحماية التى حددها

(١) نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٩٧ .

(٢) السين ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى تريبينو ١٩٣٢ - ١ - الأسبوع الثانى - ٢٣٨ - ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت دى پاليه ١٩٢٨ - ١ - ٣٢٥ - ١٢ أبريل سنة ١٩٣١ جازيت دى پاليه ١٩٣١ - ١ - ٧٧٢ - باريس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دى پاليه ١٩٣٣ - ٢ - ٩٤٧ .

(٣) باريس ٩ يولييه سنة ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ - ٧٤٩ - السين للتجارية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١٥٦ .

القانون فقد نبتى مجلة أو جريدة مدة أطول من خمسين سنة بعد موت صاحبها ، ونحصى مع ذلك من مزاحمة غير مشروعة تأتى من اتخاذ عنوانها عنواناً لمجلة أو جريدة أخرى . وعلى العكس من ذلك قد نخفى مجلة أو جريدة بعد مدة أقل من مدة الحماية القانونية ، فينسأها الجمهور ولا يعود هناك ثمة التباير ينشأ من اتخاذ مجلة أو جريدة أخرى نفس العنوان ، فلا محل لإذن لتطبيق مبدأ المزاحمة غير المشروعة^(١) . ونرى من ذلك أن نظرية المزاحمة غير المشروعة ، التى استند إليها القضاء الفرنسى ، هى أكثر ملاءمة لحماية عناوين المصنفات^(٢) .

١٧٣ - المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة : يقع كثيراً أن يعتمد المؤلف إلى وضع مصنف لا يكون مصنف أصيلاً لم يسبقه إليه أحد ، بل يكون مشتقاً من مصنف سابق . ومع ذلك تشمله حماية حق المؤلف .

واشتقاق مصنف لاحق من مصنف سابق يتدرج من مجرد إعادة إظهار المصنف كما هو وفى لغته الأصلية . إلى حد إظهار المصنف فى لغة أخرى غير لغته الأصلية عن طريق الترجمة . فيقرب المصنف اللاحق من المصنف السابق أو يبعد على درجات متفاوتة .

١ - فأقرب ما يكون المصنف اللاحق من المصنف السابق عندما يعاد إظهار المصنف السابق كما هو دون أى تعديل ، إما لأن هذا المصنف قد آل إلى الملك العام بعد انقضاء مدة حمايته فأصبح مباحاً لأي ناشر أن يعيد إظهاره دون أن يستأذن أحداً ودون أى مقابل ، أو أن المصنف اللاحق هو عبارة عن مجموعات لبعض الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والأحكام القضائية حيث يجوز لأي ناشر أن يعيد إظهار هذه الوثائق دون أن يستأذن أحداً ودون أى مقابل ، أو أن المصنف اللاحق هو مختارات من مصنف أو مصنفات سابقة وفى هذه الحالة يجب على مؤلف هذه المختارات أن يستأذن فى النشر مؤلفى المصنفات التى اختار منها أو خلفاء هؤلاء المؤلفين .

(١) نقض فرنسى ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ - ٤٥٠ .

(٢) ويشار الحق الأدب للمؤلف إذا اتخذ عنوان مصنفه عنواناً للمهارة من الملامى المسرحية أو لسلعة يراد ترويجها (ديبوا فى حق المؤلف فقرة ٣٥ - فقرة ٤٨) .

٢ - ويبعد المصنف اللاحق قليلا عن المصنف السابق . إذا أعاد مؤلف إظهار المصنف السابق ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق أو تعريف ، أو بعد تحويله وتعديله عن طريق المراجعة والتنقيح ، أو بعد تحقيق دقيق ومقارنة ما بين مختلف مخطوطاته وهذا ما يعرف بنشر المخطوطات القديمة . وفيما عدا نشر المخطوطات القديمة ، يجب على مؤلف المصنف اللاحق أن يستأذن مؤلف المصنف السابق أو خلفاءه قبل نشر المصنف السابق مشروحا أو معلنا عليه أو معرفا أو معدلا بعد المراجعة والتنقيح .

٣ - ويبعد المصنف اللاحق عن المصنف السابق بدرجة أكبر ، إذا عمد مؤلف المصنف اللاحق ، لا إلى إظهار المصنف السابق كما هو ولو بعد الإضافة أو للتنقيح أو التحقيق ، بل إلى الاقتباس منه عن طريق التلخيص أو عن طريق التحويل من لون من ألوان الآداب أو العلوم أو الفنون إلى لون آخر . وفي جميع هذه الأحوال يجب على مؤلف المصنف اللاحق أن يستأذن مؤلف المصنف السابق أو خلفاءه قبل نشر التلخيص أو التحويل من لون إلى لون آخر .

٤ - ويزداد بعد المصنف اللاحق عن المصنف السابق ، إذا عمد مؤلف المصنف اللاحق إلى إظهار المصنف السابق كما هو ولكن في لغة أخرى غير لغته الأصلية ، وذلك عن طريق الترجمة . وفي هذه الحالة يجب على المترجم أن يستأذن مؤلف المصنف الأصلي أو خلفاءه قبل أن ينشر ترجمة المصنف^(١) .

هذه درجات متفاوتة في اشتقاق مصنف لاحق من مصنف سابق : إعادة إظهار المصنف الأصلي كما هو ، وإعادة إظهاره بعد الإضافة أو التنقيح أو التحقيق ، والاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص أو التحويل ، وترجمة المصنف السابق إلى لغة أخرى . ويجب حتى يتمتع مؤلف المصنف اللاحق ، في جميع هذه الأحوال الأربع ، بالحماية الواجبة لحق المؤلف ، أن يكون هذا المؤلف قد بذل قدرا من الجهد في الابتكار بحيث يضمن على المصنف اللاحق شيئا من شخصيته ، فيتميز المصنف اللاحق عن المصنف السابق بهذا

(١) وإذا كانت الترجمة تجعل المصنف اللاحق أبعد ما يكون عن المصنف السابق ، فذلك فقط من حيث اللفظ ، فيبتعد المصنفان أحدهما عن الآخر بقدر ما تتباعد اللتان . أما من حيث المعنى ، فالترجمة أقرب ما تكون إلى الأصل ، إذ المفروض أن الترجمة هي تأدية دقيقة لنفس المعاني التي وردت في الأصل وإن اختلفت اللغة .

القدر من الابتكار والشخصية . ولا شك في أن ذلك متحقق في الحالات الثلاث الأخيرة ، بحكم الإضافة أو التنقيح أو التحقيق ، وبحكم التلخيص أو التحويل ، وبحكم الترجمة إلى لغة أخرى . أما في الحالة الأولى ، وهي حالة إعادة إظهار المصنف الأصلي كما هو ، فيجب حتى يتمتع المؤلف بالحماية أن يتوافر شرط الابتكار والشخصية .

ونستعرض الآن تفصيلا هذه الحالات الأربع .

١٧٤ - الحانة الأولى - إعادة إظهار المصنف الأصلي كما هو :

تنص المادة ٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٩ لا تشمل الحماية : أولا - المجموعات التي تنتظم مصنفات عدة ، كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات ، وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف . ثانيا - مجموعات المصنفات التي آلت إلى الملك العام . ثالثا - مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية ومائر الوثائق الرسمية - ومع ذلك تتمتع المجموعات سالفة الذكر بالحماية إذا كانت متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصي آخر يستحق الحماية » (١).

وبشير النص في صدره إلى المادة ١٩ من قانون حماية حق المؤلف ، مشروطاً بعدم الإخلال بحكمها . والمادة ١٩ هذه تقضى بأنه إذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر إلى من يخلفونه ، فيباشرون هذا الحق وحقوق المؤلف الأخرى ، على أنه إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به . فيجب إذن ، قبل نشر المجموعات المشار إليها في المادة ٤ مألقة الذكر ، مراعاة ألا تؤخذ هذه المجموعات من مصنفات مات مؤلفوها قبل تقرير نشرها ، ولم يقرر

(١) يطابق هذا النص نص المادة ٤ من المشروع الجديد ، فيما عدا أن المشروع الجديد قد أفل عبارة « مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٩ » ، وفي أنه وضع لفظ « للقرارات » بدلا من لفظ « المراسيم » .

تشرها خلفاء هؤلاء المؤلفين لأسباب سائغة ، أو أوصى المؤلفون قبل موتهم ألا تنشر أو أن تنشر في ميعاد معين لم يحن بعد .

ثم إن المادة ٤ ، بعد هذا التحفظ ، تعرض لثلاث طوائف من المصنفات ليست إلا إعادة لإظهار مصنفات أصلية سابقة عليها . وهذه هي بالترتيب للذي اخترناه .

(الطائفة الأولى) مجموعات المصنفات التي آلت إلى الملك العام : فهذه مصنفات قد انقضت مدة حمايتها فأصبحت من الأملاك العامة ، بما لا يجعل لأحد عليها حتما خاصا به دون سواه . فإذا عمد شخص إلى إعادة نشر هذه المصنفات كما هي ، فإن له هذا الحق ، ولا يطالبه أحد من خلفاء مؤلفي هذه المصنفات بمقابل لذلك . وهناك رأى يتجه إلى فرض مقابل زهيد على الناشر في هذه الحالة ، ولكن هذا المقابل لا يتقاضاه خلفاء مؤلف المصنف الذي أعيد نشره ، فهؤلاء قد انقضى حقهم في الحماية كما قدمنا . وإنما يتقاضاه الدولة ، وترصده لنشر مصنفات أخرى يكون نشرها غير مجز من الناحية المادية ، أو ترصده لمساعدة من يحتاج إلى المساعدة من المؤلفين^(١) . ولكن هذا الرأي لم يجد مكانا له في التشريع المصري ، لا في التشريع القائم ولا في المشروع الجديد .

فإذا ما نشر شخص مصنفا آت إلى الملك العام ، لم يدفع مقابلا لأحد ، وله أن يستغل هذا المصنف دون مقابل ويبيع النسخ التي طبعها منه لحسابه وحده . ولكن هذا المصنف الذي نشره لا يتمتع بالحماية ، فهو قد آت إلى

(١) وهذا النظام هو ما اصطلح على تسميته « بالملك العام المعطى » (*domaine public*)

(*payant*) . وقد انبرى للدفاع عنه أنصار متحمسون ، وقدم به في فرنسا مشروع قانون أقرته الجمعية الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٤٨ . ولكن مجلس الجمهورية رفضه في ١٥ مايو سنة ١٩٤٨ ، مؤثرا عليه مشروعا آخر أعدته لجنة التربية الوطنية ، ويقضى بفرض رسم زهيد (٢ في الألف) على كل مصنف ينشر سواء آت إلى الملك العام أو لم يؤل . وهذا الرسم ، على ضآلته ، يعود بحسيلة هي ضعف الحسيلة التي تجني من مشروع « الملك العام المعطى » . ولكن هذا المشروع الآخر لم يقره أيضاً ، ولم يقدر لأحد من المشروعين أن يجد سبيلا إلى التشريع الفرنسي الأخير لحماية حق المؤلف الذي صدر في ١١ مارس سنة ١٩٥٧ . انظر أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ *Prop. Litt. et Art.* فترة ٢٢٧ - فترة ٢٣٠ .

المملك العام كما قدمنا ، ومن حق أى شخص آخر أن ينشره هر أيضاً ، ولوعن طريق نقله من نسخة من النسخ الى طبعها الشخص الأول . وليس لهذا الشخص الأول أن يعترض على ذلك ، فهو لا يعتبر مؤلفا للمصنف الذى نشره إذ هو قد اقتصر على إعادة إظهاره كما هو دون أى تغيير ، فلا نكون له عليه حقوق المؤلف . ويكون هذا هو الحكم أيضاً فيما إذا أعاد الشخص نشر مجموعات من المصنفات التى آلت إلى المملك العام ، لا مصنف واحد منها . ويجوز لغيره أن ينقل هذه المجموعات عنه دون إذنه ، إذ أن هذه المجموعات قد آلت كلها إلى المملك العام ه

لكن إذا بذل الشخص جهداً مبتكراً فى جمع هذه المصنفات التى آلت إلى المملك العام ، كأن رتبها ترتيباً مبتكراً متبعاً فى ذلك خطة ابتدعها ، فوضع مثلاً المصنفات التى ترجع إلى عهد واحد بعضها إلى جانب بعض ليدل بذلك على مميزات ذلك العهد ، أو وضع المصنفات التى وضعها مؤلف واحد مرتبة بحسب أدوار تاريخ هذا المؤلف ليدل بذلك على ما وقع من تطور فى أسلوب هذا المؤلف أو فى تفكيره ، فإن فى هذا قدراً كافياً من الابتكار يضمن على المجموعة شخصية جامعها ، ويكون لناشر هذه المجموعة حق المؤلف عليها ، فلا يجوز لأحد ، دون إذنه ، أن يعيد نشر المجموعة بالترتيب الذى توخاه فى جمعها (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل أن مجموعات المصنفات القديمة التى آلت إلى المملك العام بانقضاء مدة حمايتها إذا أعيد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها ، إلا أنه إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة الأصلية المنقول عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب فى التنسيق أو بلى مجهود آخر ذهنى يتدم بالطابع الشخصى ، فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق ، إذ لا يلزم لإضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه ، وإنما يكفى أن يكون عمل واضع حديثاً فى نوعه متميزاً بطابع شخصى خاص بما يضمن عليه وصف الابتكار - وهذه القواعد التى قررها الفقه والقضاء من قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف قد قننها هذا القانون بما نص عليه فى المادة للرابعة منه . فإذا كانت محكمة الموضوع قد سجلت - وفى حدود سلطتها التقديرية - أن المطعون ضده مهد لكتابه بمقدمة بقلمه تتضمن تراجم المؤلف الأصل للكتاب والشارح له ، استقى عناصرها من أمهات للكتب القديمة ، ولم يكن لها نظير فى الطبعة الأصلية التى نقل عنها ، وأن كتاب المطعون ضده يتميز عن هذه الطبعة بترتيب خاص فريد فى نوعه وبفهرس =

(الطائفة الثانية) مجموعات الوثائق الرسمية : فهذه الوثائق حق شائع للجميع ، إذ يراد بها أن تكون في متناول كل فرد بحيث يمكنه الاطلاع عليها ومعرفة محتوياتها . من ذلك نصوص القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية . فلكل شخص أن ينشر مجموعات من هذه الوثائق دون أن يدفع مقابلاً لذلك . ودون أن يستأذن أحداً . ولكن لا يكون له على هذه المجموعات حق المؤلف ، لأنه لم يبتكر شيئاً ، بل هو اقتصر على نقل الوثيقة الرسمية كما هي . ويجوز لأي شخص آخر أن يعيد نشر هذه المجموعات ، ولو بنقلها عن المجموعات التي سبق للشخص الأول أن نشرها ، وذلك دون دفع أى مقابل له . بل ودون استئذانه .

لكن إذا بذل الشخص جهداً مبتكراً في جمع هذه الوثائق الرسمية ، ونشرها في مجموعات تحمل طابع هذا الجهد المبتكر . فإنه يكون له عليها حق المؤلف . ولا يجوز لأحد أن ينقل عنه دون استئذانه . مثل ذلك أن يجمع الشخص القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح مرتبة بحسب موضوعاتها ، وأن يرتب هذه الموضوعات ترتيباً أبجدياً . بحيث يتييسر للباحث أن يجد الموضوع الذي يريده عن طريق الترتيب الأبجدي ، وأن يجد القوانين وغيرها من مراسيم وقرارات ولوائح مدونة تحت هذا الموضوع . ومثل ذلك أيضاً أن يجمع الشخص الاتفاقات الدولية بعد أن يرتبها تبعاً لخطة يبتكرها ، كأن يجمع الاتفاقات مع كل دولة على حدة مع ترتيبها بحسب موضوعاتها أو بحسب تواريخها . ومثل ذلك أخيراً أن يجمع الشخص الأحكام القضائية التي صدرت في السنة الواحدة . مرتبة بحسب المحكمة التي صدرت منها ، وبحسب موضوعاتها أو بحسب تواريخها ، فإذا أضاف إلى ذلك موجزاً للحكم كان في ذلك إضافة تنقلنا إلى الحالة الثانية التي سيأتى ذكرها . وذلك مألوف في مجموعات الأحكام القضائية التي ترتب على هذا النهج ، كمجموعات الأحكام التي تصدرها محكمة النقض ، أو التي تصدرها المجموعة الرسمية ، أو التي تصدرها مجلة المحاماة ،

= منظم ، وأنه أدخل على الطبعة الأصلية تنقيحات أجراها أحد العلماء المختصين ، فإن هذا الذي سجلته محكمة الموضوع تتوافر به عناصر الابتكار الذي ينتمى بالطابع الشخصى لصاحبه ، ولا يكون على المحكمة بعد ذلك معقب فيما انتهت إليه من اعتبار المعلنون ضده متساهلاً للحماية المتروكة لحق المؤلف (نقض مدني ٧ يولييه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام للنقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠)

أو التي تصدرها مجموعات دالوز وسيريه وغيرها من المجموعات الفرنسية .
 (الطائفة الثالثة) مختارات الشعر والنثر وغيرها من المجموعات : وهذه
 منقولة عن مصنفات سابقة في الشعر والنثر وغيرها من فنون الأدب أو من
 مصنفات علمية . فإذا كانت هذه المصنفات السابقة لا تزال تشملها الحماية ،
 فلا بد للمؤلف الذي جمع هذه المختارات من استئذان مؤلفي هذه المصنفات
 السابقة أو خلفائهم ، وتقول المادة ٤ سالفه الذكر صراحة في هذا المعنى :
 « وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف » . أما إذا كانت المصنفات
 السابقة قد انقضت مدة حمايتها وآلت إلى الملك العام ، فإن المؤلف الذي جمع
 المختارات لا حاجة له في استئذان أحد ، ونكون قد عدنا إلى الطائفة الأولى
 سالفه الذكر الخاصة بنشر مجموعات من المصنفات التي آلت إلى الملك العام .
 وفي الحالتين لا يكون لجامع هذه المختارات في الأصل حق المؤلف على المجموعة
 التي اختارها ، إذ هو قد اقتصر على جمع أقوال غيره دون أى ابتكار من جهته .
 ويجوز لأي شخص نقل المجموعة وإعادة نشرها دون أن يدفع أى مقابل ،
 ودون أن يستأذن الجامع الأول لهذه المختارات .

ولكن يقع في المختارات أن تكون مجموعاتنا تحمل طابع الابتكار
 والشخصية . مثل ذلك مختارات البارودي في شعر المولدين ، فقد جمعها
 البارودي من دواوين مختلفة بعضها غير منشور ، ورتبها بحسب موضوعاتها
 من مدح وثناء وغزل وما إلى ذلك ، ثم اختار لكل شاعر من المولدين الجيد
 من شعره وأغفل ما لم يجده جيدا . وفي هذا كثير من الابتكار يجعل لجامع
 هذه المختارات حق المؤلف على مجموعته ، فلا يجوز لأحد أن ينقلها دون
 استئذانه هو أو خلفائه من بعده إلى أن تنتضي مدة الحماية . كذلك قد تحمل
 مختارات النثر والعلوم طابع الشخصية والابتكار على النحو الذي رأيناه في
 مختارات الشعر ، فيكون للجامع حق المؤلف ولا يجوز نقل مجموعته دون
 استئذانه أو استئذان خلفائه (١)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف فيما نحن بصدده ما يليق :
 « أما فيما يتصل بالمجموعات كالوثائق الرسمية ونصوص القوانين والاتفاقات الدولية والمراسم
 والزرائع والأحكام القضائية وغيرها ، فإنها لا تدخل بطبيعتها في نطاق المصنفات الهامة ، لأنها
 وثائق عامة تضعها الدولة ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر ، بل هي حق شائع للجميع على أن -

١٧٥ - الحالة الثانية - إعادة إظهار المصنف الأصلي بعد إضافته

أو التفتيح أو التحفيظ : تنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف إلى لغة أخرى ، أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه أو بتحويله أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلي » (١) .

وبعرض هذا النص لجميع الأحوال الثلاث الباقية ، والذي يعنينا منه هنا هو الحالة الثانية التى نحن بصدددها ، فتقتصر من النص على العبارة الآتية : « يتمتع بالحماية من قام ... بتحويله (تحويل المصنف) أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأصلي » . فهذه الحالة الثانية إذن تضم صوراً ثلاثاً : (١) إعادة إظهار المصنف الأصلي ، ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق . (٢) إعادة إظهار المصنف الأصلي ، ولكن بعد تحويله وتعديله عن طريق المراجعة ،

الحكم يختلف فى شأن هذه الوثائق إذا جمعت فى مجموعة ، وروعى فى جمعها الاختيار والترتيب بحيث تبدو فى صورة مصنف جديد ، فإنها تدخل عندئذ فى نطاق المصنفات المحمية (المادة الرابعة) . وكذلك الحال بالنسبة لمجموعات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها ، فإنه يجوز أن تشملها حماية هذا القانون إذا تميزت عن غيرها بسبب يرجع للاختيار والترتيب ، شأنها فى ذلك شأن مجموعات الوثائق الرسمية ومجموعات الوثائق التى آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها . فمناط الحكم هو التمييز بما يضاف عليها وصف الابتكار . أما المجموعات التى تنتظم عدة مصنفات سبق نشرها دون مراعاة الاختيار أو الترتيب فى وضعها ، فإنها تخرج عن نطاق الحماية . ويلاحظ فى جميع هذه الأحوال أن حقوق أصحاب المصنفات التى تجمع تظل محفوظة .

هذا ويسرى فى المجموعات التى تنطوى على شيء من الابتكار أن تكون ذات أغراض أدبية وعلمية ، أو أن تكون ذات أغراض عملية . فيكون متأهلاً للحماية الدليل العمل للمدن الكبرى ، وكذلك الوجات المعارض والدعاية ، والبيانات من الأسواق التجلوية ، ونحو ذلك . انظر أنسيكاريدى دالوز : لفظ Prot. Lit. et Art. فقرة ٣٠ .

(١) ويطابق هذا النص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من المشروع الجديد ، فيها عدل أن المشروع الجديد فى صدر النص جرى على الوجه الآتى : « يتمتع بالحماية من قام بتعريب المصنف أو ترجمته أو بتحويله إلخ إلخ » .

والنتيج (٣) إعادة إظهار المصنف الأصلي . عن طريق نشر المخطوطات القديمة .

١ - إعادة إظهار المصنف الأصلي . ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق : فالمؤلف في هذه الصورة يعيد إظهار المصنف الأصلي كما هو دون أى تعديل أو تحوير : وذلك بعد استئذان مؤلف المصنف الأصلي أو خلفائه إذا كان المصنف الأصلي لم تنقض مدة حمايته ولم يؤل بعد إلى الملك العام . والابتكار الذى يضيفه المؤلف على المصنف الأصلي هو ما يضيف إلى هذا المصنف من شرح أو تعليق . فقد يقوم بشرحه عبارة عبارة . أو بشرحه إجمالاً . وقد يقوم بالتعليق على بعض عباراته . والتنويه برأيه فيما جرى به المصنف الأصلي مؤيداً أو مفنداً . وقد يقوم بتعريف المصنف الأصلي للقراء ، بأن يقدم له ويذكر في المقدمة تاريخ المصنف وما انطوى عليه من معان وأفكار ، وقد يبين رأيه في كل ذلك . وقد يقوم بهذه الأمور الثلاثة جميعاً - الشرح والتعليق والتعريف - أو يقوم ببعضها . والمهم في كل ذلك أن يضيف جديداً مبتكراً إلى المصنف الأصلي ، من شرح أو تعليق أو تعريف . فشرح الألفاظ القليلة ، أو كتابة مقدمة قصيرة لا تعرف المصنف الأصلي تعريفاً كافياً ، كل ذلك لا يكون جديداً مبتكراً ، فلا يتمتع المؤلف بالحماية . أما إذا انطوت الإضافة على الجديد المبتكر . فعند ذلك يستحق المؤلف صاحب الشرح أو التعليق أو التعريف الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد أن ينقل المصنف الأصلي بما يحمل من شرح أو تعليق أو تعريف ، إلا بعد أن يستأذن كلا من صاحب المصنف الأصلي (أو خلفائه) وصاحب الشرح أو التعليق أو التعريف (أو خلفائه) .

٢ - إعادة إظهار المصنف الأصلي ، ولكن بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة والنتيج : في هذه الصورة يعد المؤلف إظهار المصنف الأصلي ، بعد استئذان مؤلفه أو خلفائه إذا كان هذا المصنف لم تنقض مدة حمايته ولم يؤل إلى الملك العام . ولكن لا يعيد إظهاره كما هو على الوجه المبين في الصورة السابقة . وإنما يحور فيه ويعدل . بعد مراجعته وتنقيحه . فقد يكون المصنف الأصلي في حاجة إلى مراجعة وتنقيح . حتى يجارى آخر مراحل العلم في الموضوع الذى تصدى له . وقد يكون في حاجة إلى مراجعة وتنقيح بعد

نشره أول مرة . لإصلاح ما فيه من نقص بعد ما وجه إليه من نقد ، واعتراضات . وقد يكون المصنف الأصلي مصنفًا في التاريخ أو في القانون ، فيراجع وينقح حتى يستوفي مرحلة التاريخ التي وقف دونها عند نشره أول مرة إذا كان مصنفًا في التاريخ ، أو حتى يستوفي ما استجد من قضاء وفقه إذا كان مصنفًا في القانون . وهكذا تنوع أسباب الحاجة إلى المراجعة والتنقيح ، فيعتمد مؤلف جديد . وحده أو بالاشتراك مع المؤلف الأصلي ، إلى تعديل المصنف وتخويره بما انتهى إليه نتيجة المراجعة والتنقيح . وفي جميع الأحوال يكون للمؤلف الجديد حق المؤلف بما راجع ونقح وحوّر وعُدل . على أن يتوافر للتخوير والتبديل صفة الابتكار والشخصية . ويكون المؤلف الجديد شريكًا للمؤلف الأصلي بالنسبة التي يتفقان عليها إذا اشترك الثاني مع الأول في المراجعة والتنقيح . وهذا مع خلوص حق المؤلف الأصلي في مصنفه قبل المراجعة والتنقيح . أما إذا انفرد المؤلف الجديد بالمراجعة . فيكون هو وحده صاحب حق التأليف في حدود ما أدخله على المصنف الأصلي من تخوير وتعديل .

٣ - إظهار المصنف الأصلي عن طريق نشر المخطوطات القديمة : في هذه الصورة الثالثة نفرض أن المصنف الأصلي لم يسبق نشره . بل لا يزال مخطوطاً أياً كان عدد النسخ المخطوطة . وقد يكون المصنف الأصلي قد سبق نشره ، ولكن النشر جاء معيباً لعدم الدقة في التحقيق . فيعتمد شخص إلى نشره نشرًا علمياً دقيقاً . وهذا النشر العلمي الدقيق يكون عادة عملاً شاقاً مضنياً . فالتأشير في حاجة إلى عدد من مخطوطات المصنف يجمعها من نواح متفرقة قد تكون بعيدة ، عن طريق النسخ أو عن طريق التصوير . ثم يعمد بعد ذلك إلى دراسة المصنف دراسة عميقة حتى يدرك مراميهِ ومعانيهِ . ويعيش في الجو الذي صنف فيه . ثم يقابل المخطوطات المتعددة بعضها ببعض . فإذا وقع خلاف بين هذه المخطوطات ، وكثيراً ما يقع ، فعليه أن يجتهد رأيه ، وأن يرجح رواية بعض المخطوطات على رواية المخطوطات الأخرى . كل ذلك يجريه في تحقيق دقيق ، وعلى أساليب علمية صحيحة ، ثم يخرج المصنف بعد التدقيق والتحقيق على أقرب صورة من الحقيقة . ويغلب أن يقدم للمصنف المنشور ، ويعرف به . ويعلق عليه ، ويشرح بعض معانيهِ . فيكون قد جمع إلى نشر المخطوط التعريف والتعليق والشرح . كل هذه الجهود الشاقة تقتضي من الناشر

ابتكاراً يضمن على المصنف المنشور شخصيته ، ومن ثم يستحق حماية المؤلف . فلا يجوز لأحد أن ينقل هذا المصنف بعد نشره على الوجه المتقدم الذكر ، إلا بعد أن يستأذن الناشر أو خلفاءه . أما الناشر نفسه فيغلب ألا يستأذن أحداً في نشر المخطوط ، إذ أن الكثرة الغالبة من المخطوطات القديمة قد انقضت مدة حمايتها وآلت إلى الملك العام^(١)

١٧٦ - الحان الثالثة - الرقبناس من المصنف السابق عن طريق

التلخيص أو التحويل : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتي : « يتمتع بالحماية من قام . . . بتحويله (تحويل المصنف) من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه . . . » . فالمؤلف في هاتين الصورتين يقتبس من مصنف سابق ، إما عن طريق التلخيص أو عن طريق التحويل .

(١) وكانت محكمة مصر الكلية قد قضت بأن جمع الآراء المنسوبة إلى أحد كبار الثقات في علم التفسير ، وهو العلامة القرطبي ، وترتيبها ، وإعادة طبع ما جمعه المؤلف من آراء مختلفة ، هذا المجهود لا يمكن مهما عظم أن ينقلب إلى حق تأليف الكتاب (مصر الكلية ٧ مايو سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ١٩٤٢ - ٣ - ٨٨) - وتحصل وقائع الدعوى في أن دار الكتب طبعت تفسير للقرطبي (الجامع لأحكام القرآن) طبعة حديثة ، وقالت إن هذه الطبعة مستقاة من عشر نسخ خطية روجع بعضها على بعض ، وصحح ما فيها من تحريف وتصحيف بالاسترشاد بالكتب التي نقل عنها المؤلف ، وعنى بضبط الألفاظ ووضع الحواشي والهوامش ، وصدرت الطبعة بفهرس أعد خصيصاً لها وبمقدمة من وضع السيد محمد البيلوي فقيب الأشراف ومراقب إحياء الآداب العربية بدار الكتب . فاستغل المدعى عليه هذه الجهود لمصلحته الشخصية ، بأن أخذ صورة بالزئكوغراف من الجزء الأول حتى الفهرس والمقدمة ، وباعه للجمهور بعد أن وضع اسمه على الغلاف بدلا من اسم دار الكتب . وظاهر أن هذا المجهود يتضمن عناصر الابتكار في التكوين الذي يكفي وحده للتمتع بالحماية ، فضلا عما تضمنته مقدمته من جدة في التعبير . ولذلك ألفت محكمة استئناف مصر هذا الحكم ، مقرر أن إعادة طبع الكتب القديمة التي دخلت في الملك العام ، إذا أدخلت عليها زيادات أو تعديلات أو ترتيبات أو تعليقات مهما كانت موجزة ، مهمة كانت أو غير مهمة ، تجعل الطبعة المعادة ملكا لصاحبها كطبعة جديدة ، بل مجرد وضع فهرس لكتاب قديم يجعل هذا الفهرس ملكا لوائحه (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧) . وبهذا المعنى : استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ - نقض فرنسي جنائي ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ جازيت ١٩٣٨ - ٢ - ٣١١ . وانظر محمد علي حرفة فقرة ٣٨٥ ص ٤٢٠ - ص ٥٢١ .

١ - فيأتى الاقتباس عن طريق التلخيص إذا عمد مؤلف إلى مصنف أدبي أو علمي ، ولخصه تلخيصاً واضحاً بحيث ينقل إلى القارئ صورة صحيحة من المصنف الأصلي . وهذا هو الابتكار الذي ساهم به الملخص ، فقد أضفى شخصيته على التلخيص ، وبذل جهداً محسوساً فيما قام به من عمل . ومن ثم تشمله الحماية ، ولا يجوز لأحد أن ينقل تلخيصه هذا دون أن يستأذنه هو أو خلفاءه من بعده . وغنى عن البيان أنه إذا كان المصنف الأصلي الذي عمد المؤلف إلى تلخيصه لا يزال يتمتع بالحماية ، فإنه يجب على الملخص قبل أن ينشر التلخيص أن يستأذن مؤلف هذا المصنف الأصلي أو خلفاءه . وإذا تم له الإذن ، فإنه يصبح مؤلفاً للتلخيص وله عليه حقوق المؤلف . ويبقى صاحب المصنف الأصلي هو مؤلف هذا المصنف وله عليه حقوق المؤلف . غير أن مؤلف المصنف الأصلي ، بموجب الإذن الذي يمنحه للملخص في التلخيص ، قد يتفق معه على جعل معين يتقاضاه دفعة واحدة ، أو يتقاضاه على دفعات في كل مرة ينشر فيها التلخيص .

٢ - وأكثر ما يأتى الاقتباس عن طريق التحويل ، فيعمد المؤلف إلى مصنف فيحوّله من لون إلى لون آخر . مثل ذلك أن يعمد المؤلف إلى رواية أو قصة ، فيحوّلها إلى مسرحية للتمثيل ، أو إلى فيلم سينمائي ، أو يعدها للإذاعة عن طريق التلفزيون أو عن طريق الراديو . ومثل ذلك أيضاً أن يعمد المؤلف إلى مصنف علمي ، فيحوّله إلى قصة شائقة يورد فيها الحقائق العلمية التي وردت في المصنف على نحو مبسط جذاب . فإذا كان المصنف الأصلي الذي عمد المؤلف إلى تحويله لا يزال مشمولاً بالحماية ، وجب على المؤلف قبل أن ينشر التحويل أن يستأذن مؤلف هذا المصنف الأصلي أو خلفاءه^(١) . وكثيراً ما يقوم الخلاف ما بين المؤلفين ، فيتمسك مؤلف المصنف الأصلي بأن المصنف اللاحق ليس إلا تحويلاً لمصنفه ، وينكر مؤلف المصنف اللاحق ذلك

(١) وليس لمؤلف المصنف الأصل أن يعترض على ما يقتضيه تحويل مصنفه من لون إلى لون آخر من تحويل وتغيير في المصنف الأصل ، مما تستوجبه أصول الفن في اللون الذي حول إليه المصنف . فالأصول الفنية للقصة غير الأصول الفنية للمسرحية ، وهذه غير الأصول الفنية للأفلام السينمائية . انظر أنسيكلوبيدي دالقرز ، لفظ Prop. Lit. et. Art. فقرة ٢٧٧ .

عليه . وهذه مسألة واقع ، يفصل فيها قاضى الموضوع (١) . فإذا ثبت فى أن هناك تحويلا للمصنف الأصيل ، كان مؤلف المصنف اللاحق مستولا ، ووجب عليه أن يدفع تعويضا لمؤلف المصنف الأصيل أو لخلفائه . ومهما يكن من أمر . فإنه متى حسم الخلاف وأصبح ثابتا أن هناك تحويلا . أو أن التحويل كان مسلما به دون خلاف ، فإن صاحب التحويل يكون له حق المؤلف على تحويله . ولا يجوز لأحد أن ينقل تحويله دون أن يستأذنه هو أو خلفاءه ، إذ أن حماية المؤلف تشمل التحويل كما تشمل المصنف الأصيل . وعلى ذلك يكون لصاحب التحويل الحق فى منع أى شخص آخر من تحويل تحويله - أى التحويل فى الدرجة الثانية - إلا بإذنه . فإذا حول شخص إحدى الروايات أو القصص إلى مسرحية ، فإنه يصبح صاحب المسرحية وله حقوق المؤلف عليها . ومن بين هذه الحقوق أنه لا يجوز لأحد أن يحول مسرحيته إلى فيلم سينمائي مثلا إلا بإذنه (٢) . ويبقى بعد ذلك أن نحدد حق المؤلف الأصيل صاحب الرواية أو القصة : هل يستنفذ حقه بمجرد أن يأذن لصاحب المسرحية فى تحويل روايته إلى مسرحية ، أو يحتفظ بحق له فيما يتعلق بتحويل المسرحية إلى فيلم سينمائي . ويجب استئذانه فى ذلك أيضا ؟ لا شك فى أنه لا يعتبر شريكا

(١) نقض فرنسى ٢٧ يونيو سنة ١٩١٠ دالوز ١ - ١٩١٠ - ٢٩٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨ Ann. ١٩١٩ - ١ - ٥٣ - وانظر نقدا لهذا القضاء وفى أن هناك مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض : دييوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ **Prop. Lit. et Art.** فقرة ١٩ - فقرة ٢٢ - ويقول دييوا فى هذا الصدد إنه يجب التمييز بين الفكرة المجردة وهى حق شائع للجميع ، وبين الإنشاء والتعبير (**composition et expression**) وهذا يختص به المؤلف . فإذا كان المصنف اللاحق لم ينقل عن المصنف السابق إلا الفكرة المجردة فإن هذا لا يعد تحويلا ، أما إذا نقل عنه الإنشاء والتعبير فهذا هو التحويل (دييوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ **Prop. Lit. et Art.** فقرة ١٨) .

(٢) ويشترط بدهاء أن يكون فى التحويل ابتكار وطابع شخصى مما يستأهل الحماية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم إذ قضى بخلو العمل الذى قام به مورث الطاعنين - اقتباسا من الرواية الأصلية (الأرملة الطروب) - من الابتكار الذى يستأهل حماية القانون ويمد وجود التماثل بين ذلك العمل وبين اقتباس الماطعون عليهم ، قد أقام قضاءه لذلك على أسباب راسخة ، فإنه لا يكون على المحكمة بعد ذلك إذا هى لم تستجب إلى طلب الطاعنين بإجراء المقارنة بين العملين عن طريق تدب غير أو عن طريق انتقال المحكمة لسمع الأداء العلنى ، مادامت قد وجدت فى أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكتفى لتكوين رأيها فيها منسبا (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٦٥ مجسمة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٨ ص ١٧٨) .

ذلك محفظ بحق المؤلف - لا بحق الشريك - فيما يتعلق بتحويل المسرحية إلى فيلم سينمائي ، ويجب استئذانه ، هو وصاحب المسرحية معاً ، في هذا التحويل ، وله أن يتقاضى جملاً على هذا الإذن (١) .

١٧٧ - الحانة الرابعة - ترجمة المصنف إلى لغة أخرى : تنص الفقرة

الأولى من المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا ، على ما يأتي : « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف إلى لغة أخرى .. » . ولعل من ترجم المصنف قد حانى في ترجمته إلى لغة أخرى من المشقة ما عاناه مؤلف هذا المصنف ، فليس يسيراً نقل كتاب من لغة إلى لغة أخرى . وتقتضى الترجمة إحاطة تامة بكل من اللغتين ، كما تقتضى جهداً شاقاً في اختيار العبارات في اللغة المترجم إليها ووزنها والتثبت من أنها تعبر عن نفس المعنى ، هذا إلى فوق سليم وتمكن من اللغة المترجم إليها بحيث يستطيع المترجم أن يسمو في هذه اللغة سمو المؤلف في اللغة الأصلية . وهذا كله يكفل للترجمة قدراً كبيراً من الابتكار والشخصية ، مما يستوجب أن يكون للمترجم على ترجمته حق المؤلف ، فلا يجوز لأحد فون إذنه أن ينقل ترجمته أو يحولها إلى لون آخر من ألوان الآداب أو العلوم . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد : « والمصنفات المبتكرة التي يحميها المشرع غير مقصورة على المصنفات الأصلية ، بل تشمل المؤلفات المترجمة كما تشمل كافة صور إعادة إظهار المصنفات الموجودة في شكل جديد ، على ألا يخل ذلك بحماية حق المؤلف الأصلي » .

والمؤلف الأصلي للمصنف المترجم له حقوق لا يجوز إغفالها . وقد نصت للفقرة الثانية من المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على أن لمؤلف المصنف وحده « الحق في ترجمته إلى لغة أخرى » . ويستوى في ذلك الحق مؤلف المصنف الأصلي إذا ترجم مصنفه إلى لغة أخرى ، ومترجم المصنف الأصلي إذا

(١) ويترتب على أن صاحب الرواية لا يعتبر شريكاً لصاحب المسرحية ، وإنما هو يستعمل حق المؤلف الخاص به ، أن المسرحية لا تعتبر شركة بين صاحب الرواية وصاحب المسرحية إلى حد ألا تنقضى مدة حمايتها إلا بانقضاء خمسين سنة من موت آخر من بقى حياً من الشريكين . فلا يكون خلفاء صاحب الرواية الرجوع بحقوقهم إلا في مدى خمسين سنة من موت مورثهم ، حتى لو بقى صاحب المسرحية حياً بعد موت هذا المورث فطالت مدة حيت عن مدة حماية المورث . فنظر ديوان في أنسيكونيدى دالمور : نقتض Prop. Int. el Art. فقرة ٢٧٦) .

ترجمت ترجمته إلى لغة ثالثة ، فلا بد أيضاً من استئذان المترجم في ترجمة ترجمته . وتنص المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف على أن « تنهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم » . فإذا عمد شخص إلى ترجمة مصنف ، سواء كانت الترجمة مباشرة من المصنف أو كانت من ترجمة للمصنف إلى لغة يعرفها المترجم الثاني ، وكان المصنف أو ترجمته تشمل الحماية (خمسين سنة بعد موت المؤلف أو المترجم) ولم يؤل إلى الملك العام ، وجب على المترجم استئذان صاحب المصنف الأصلي ، أو استئذان كل من صاحب المصنف الأصلي والمترجم الأول ، قبل نشر ترجمته . ويستثنى من ذلك الترجمة إلى اللغة العربية ، فقد أراد المشرع التيسير للمترجمين حتى يتمكنوا من ترجمة أعلام المصنفات الأجنبية إلى اللغة العربية فتزود المكتبة العربية بما ينبغي لها أن تزود به من عيون الأدب والعلم والفن في اللغات الأجنبية مترجمة إلى اللغة العربية . فقضت المادة ٨ من اللغة الذكر بأن حق مؤلف المصنف الأصلي في ترجمة كتابه إلى اللغة العربية ، وكذلك حق مترجم هذا المصنف في ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية ، يسقطان بانقضاء خمس سنوات (وليس خمسين سنة) من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو الترجمة الأولى (لا من تاريخ موتهما) إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم الأول هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره . وموادي ذلك أن المترجم العربي ، إذا تربص خمس سنوات من وقت نشر مصنف أجنبي أو من وقت نشر ترجمته إلى لغة أجنبية أخرى ، ولم يقم في خلال هذه المدة المؤلف الأصلي أو المترجم الأول بترجمة المصنف أو ترجمته إلى اللغة العربية بنفسه أو بواسطة غيره ، جازت عقد لترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية دون حاجة إلى استئذان أحد ودون أي مقابل ، لأن حق المؤلف أو المترجم الأول في الترجمة إلى اللغة العربية يكون قد سقط وآل إلى الملك العام^(١) . أما إذا قام المؤلف أو المترجم الأول بترجمة مصنفه إلى اللغة

(١) وتحمي هذه الترجمة العربية بالذات مدة حياة المترجم وخمسين سنة من موته ، ولكن هذا لا يمنع من أن يترجم شخص آخر المصنف الأصلي أو ترجمته مرة أخرى إلى اللغة العربية ترجمة مستقلة عن الترجمة العربية الأولى .

العربية في خلال خمس سنوات من أول نشر له . فإنه لا تجوز ترجمة المصنف إلى اللغة العربية مرة أخرى إلا بإذنه ، طول مدة حياته وخمسين سنة بعد موته .

المطلب الثاني

المصنفات الفنية

١٧٨ - أمثلة للمصنفات الفنية وردت في القانون : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف قد أوردت ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ، أمثلة من المصنفات المحمية على مختلف أنواعها . وذكر النص من أمثلة المصنفات الفنية ما يأتي :

١ - المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة . وهذه المصنفات تتناول أكثر الفنون الجميلة ، فهي تتناول الرسم ، والتصوير بمختلف أنواعه (الخطوط أو الألوان) ، والحفر ، والنحت ، والعمارة . ويضاف إلى ذلك النقش والزخرفة . فالرسم إذا كان في رسمه ابتكار يكون له حق المؤلف على رسمه ، فلا يجوز لأحد أن ينقل رسمه دون إذنه ، ولا يجوز لأحد دون إذنه أيضاً أن يحول رسمه إلى لون آخر من ألوان الفنون الجميلة كالصوير والنحت . وكذلك المصور ، إذا كانت لوحته تنطوي على ابتكار ، يكون له حق المؤلف عليها . وكذلك الحكم فيما يتعلق بالحفر على ما يحفره ، والنقش على ما ينقشه ، والمزخرف على ما يزخرفه ، والنحات (المثال) على ما يصنعه من تماثيل ، والمهندس المعماري على ما يضعه من تصميمات معمارية . ومناطق الحماية في كل هذه الأحوال هو الابتكار والشخصية .

٢ - المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية . وهذه أيضاً مصنفات فنية . وسنرى فيما يتعلق بالمصنفات الفوتوغرافية أنها محل لاختلاف في الرأي ، وأنها على كل حال دون المصنفات الأخرى في الحماية . أما المصنفات السينمائية ، وتنهي إلى الأفلام السينمائية ، فهي شيء مركب ومعقد ، وسنرى فيما يلي عندما نحلل هذه المصنفات كيف أن أكثر من واحد يعتبر مؤلفاً لها . وبعضها تأليف أدبي ، وبعضها تأليف فني . وبعضها تأليف موسيقي . ولذلك سبق أن أدخلناها

في المصنفات الأدبية . وندخلها الآن في المصنفات الفنية . وسندخلها فيما بعد في المصنفات الموسيقية .

٣ - الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية) . وهذه ضروب من الرسم تحتاج إلى مقدرة فنية . فالرسم الكروكي قد ينطوي على ابتكار يستحق معه الحماية . كما أن لرسم الخرائط فناً خاصاً يعرف بفن الخرائط الجغرافية ، وهو أيضاً يدخله كثير من الابتكار مما يستوجب حمايته .

٤ - المصنفات المحسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم . وهذه أيضاً مصنفات فنية . يختلط فيها الرسم بالحفر وبفن الخرائط . وهي تحتاج إلى مقدرة فنية كبيرة . وتنطوي على كثير من الابتكار . مما يجعلها جديرة بالحماية .

٥ - المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات وتكون معدة للإخراج المادي . وأهم هذه المصنفات هي فنون الرقص المختلفة ، وكذلك الألعاب الفنية . ويدخل فيها أيضاً فن الإخراج في أدوار التمثيل . وكل هذه فنون تحتاج إلى مقدرة خاصة . كما تنطوي على شيء من الابتكار يجعلها تستحق الحماية .

٦ - المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . ويشمل ذلك أعمال الخزف والأواني المزخرفة والأدوات المنقوشة والزجاج الملون وما إلى ذلك من مختلف الفنون الجميلة مطبقة تطبيقاً عملياً في شيء مجسم . كآنية وحلية وصوان وأطباق وزجاج . وهذا كله يقتضي مهارة فنية خاصة . وينطوي على كثير من الابتكار مما يجعله مستحقاً للحماية .

١٧٩ - العبرة في المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بمخططة العمل : وتختلف

المصنفات الفنية عن المصنفات الأدبية والعلمية والموسيقية بأن العبرة في الأولى هي بالتنفيذ (exécution) . فالمصنف الفني لا يعتبر مصنفًا ولا يستحق الحماية إلا إذا نفذ فعلاً . أما إذا وقف الفنان عند خطة العمل (composition) دون التنفيذ ، فإن عمله هذا لا يعتبر مصنفًا فنيًا . فخطة العمل تختلط بالتنفيذ اختلاطاً تاماً في المصنفات الفنية . ويستغرق التنفيذ الخطة . ويصبح التنفيذ لا الخطة هو الواجب الحماية . فمادامت الخطة لم تخرج إلى حيز التنفيذ حتى يبرز العمل الفني مجسماً في صورة أو في تمثال أو في غير ذلك . فلا يعتد بالخطة

في ذاتها . ولا يشملها القانون بالحماية . ولو أن تلميذ الفنان استوحى من الفنان خطة العمل كاملة . وقام بتنفيذها تنفيذاً حرفياً دون أية إضافة من عنده ، لكان العمل الذي نفذه التلميذ هو العمل الملقى الذي يشملته القانون بالحماية ، ولكان المؤلف الذي يحميه القانون هو التلميذ الذي نفذ الخطة ، لا الأستاذ الذي ابتكرها . أما في المصنفات الأدبية والعلمية ، فيعتد بالخطة حتى لو لم تقرر بالتنفيذ : فلو أن كاتباً رسم خطة مفصلة لمؤلف أدبي أو لقصة أو مسرحية ، وتحدث إلى صديق له في الخطة التي رسمها . واستملاها منه الصديق واستوعبها كاملة . لم يجز للصديق . دون إذن الكاتب . أن ينشر هذه الخطة ، إذ أن الخطة جزء من المصنف الأدبي يحمىها القانون كما يحمى المصنف ذاته (١) .

ويترتب على ذلك أن التنفيذ في المصنفات الفنية يجب أن يتم بيد الفنان نفسه . وأن يكون عمله الشخصي هو العنصر الغالب في هذا التنفيذ . أما إذا تم التنفيذ ميكانيكياً بواسطة آلات معدة لذلك ، دون أن يكون للعمل الشخصي تأثير ذو بال ، فإن ما يتم نتيجة لهذا التنفيذ الميكانيكي لا يعتبر مصنفاً فنياً مستحقاً للحماية . فيتعين إذن التمييز بين التنفيذ الشخصي والتنفيذ الميكانيكي ، ويجب تبين ما إذا كان الدور الذي لعبه الفنان في التنفيذ دوراً إيجابياً بحيث أن الآلة لم تكن في يده إلا لمجرد المساعدة وضبط العمل وعند ذلك يكون التنفيذ شخصياً . أو أن الدور الذي لعبه الفنان في التنفيذ لم يكن إلا دوراً سلبياً وأن الآلة هي التي قامت بالأعمال الأساسية التي يتكون منها التنفيذ وعند ذلك يكون التنفيذ ميكانيكياً لا يستحق الحماية . والبت فيما إذا كان التنفيذ شخصياً أو ميكانيكياً مسألة واقع . على أن يسترشد قضاة الموضوع في ذلك بمقاييس فنية صحيحة (٢) .

ويتبين من ذلك أن التنفيذ الميكانيكي لا ينتج عنه مصنف فني يستحق الحماية . وهذا يدعو للنظر في المصنفات الفوتوغرافية . وهل هي مجرد تنفيذ ميكانيكي أو أن لعمل الفوتوغرافي الشخصي تأثيراً في التنفيذ بحيث يصبح

(١) ديوا في أسيكويبي دالوز : ٤ - Prop. Lit. et Art. فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ .

(٢) نقض فرنسي ١٦ مايو سنة ١٨٨٢ - ٢٢ Ann. - ٣٥ - ديوا في أسيكويبي دالوز : ٤ - Prop. Lit. et Art. فقرة ٤٣ - فقرة ٤٤ .

المصنف الفوتوغرافي مستحقاً للحماية . ثم إن العبرة في المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بالنقطة كما قدمنا ، فإذا لم يكن للفنان خطة شخصية بل اقتصر على مجرد المحاكاة للطبيعة أو المحاكاة لمصنف في السابق ، فإن التنفيذ الذي يقوم به المصنف لا يمكن أن يندرج تحت طابع الشكاري وإضفاء الشخصية ، فيكون هذا العمل مصنفاً فنياً مستحقاً للحماية .

فتبحث إذن فيما يلي المسائل الثلاث الآتية : (١) المصنفات الفوتوغرافية ، (٢) المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة للطبيعة . (٣) المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة لمصنفات سابقة .

١٨٠ — المصنفات الفوتوغرافية : اختف الرأى فيما إذا كانت المصنفات الفوتوغرافية — ويدخل فيها ما يلتصق فوتوغرافيا من الكتابة وما يحدر من المخطوطات والكتب بواسطة الميكرو فيلم — تعتبر مصنفات فنية تستحق الحماية ، أو هي مجرد تنفيذ ميكانيكي بواسطة آلة التصوير فلا تعتبر مصنفات فنية ولا تستحق الحماية .

فهناك رأى يذهب إلى أن التنفيذ الميكانيكي فيها هو الغالب ، فلا تعتبر مصنفات فنية ، ولا تستحق الحماية التي تشمل حق المؤلف ، وإنما تحمي عن طريق مبدأ المزاومة غير المشروعة (١) .

وهناك رأى عكسي يذهب إلى أن عمل الفوتوغرافي الشخصي فيها هو الغالب ، فتعتبر مصنفات فنية تستحق الحماية التي تشمل حق المؤلف (٢) . وهناك رأى متوسط يذهب إلى أنه يجب التمييز ما بين المصنف الفوتوغرافي الذي يحمل طابع المقدرة الفنية وحسن الذوق وطول المران فهذا هو الذي يعتبر مصنفاً فنياً يستحق الحماية التي تشمل حق المؤلف ، وبين المصنف الفوتوغرافي الذي لا يحمل أثراً من ذلك وتغلب عليه الصنعة الميكانيكية

(١) أبيان ٦ مارس سنة ١٩٠١ Dr. d'auteur ١٩٠١ - ١٤٥ - نانسي ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٩٦ - تولوز ١٧ يولي سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٦١ .

(٢) السين دائرة الجنج ٦ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٧ - ١٤٧ - السين المدنية ٢٠ يناير سنة ١٨٩٩ والوز ١٩٠٢ - ٢ - ٧٣ - يورج دائرة الجنج ٩ يناير سنة ١٩١٤ Ann. ١٩١٩ - ٢ - ١٨ .

فلا يعتبر مصنفاً فنياً ولا يستحق الحماية^(١). ونعتبر محكمة النقض الفرنسية أن هذه هي مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض^(٢).

على أن المصنف الفوتوغرافي ليس هو مجرد التقاط المنظر ، بل هو يتناول أيضاً ما يسبق ذلك من اختيار للمنظر والجانب الذي يصور منه والتحضير للعمل ، وما يتلو ذلك من إعداد للصورة والتهديب الذي يجري فيها . وكل هذه سلسلة من الأعمال لا تتجزأ من الناحية الفنية . ومن ثم يحمل المصنف الفوتوغرافي دائماً طابعاً شخصياً لصناعته ، فيستحق الحماية التي تشمل حق المؤلف . وعلى هذا جرى قانون حماية حق المؤلف في مصر ، فقد رأينا أن المادة ٢ من هذا القانون تدرج المصنفات الفوتوغرافية بين المصنفات التي يحميها القانون ويجعل مدة حمايتها في الأصل خمسين سنة بعد موت صانع المصنف ، شأن المصنف الفوتوغرافي في ذلك شأن سائر المصنفات التي يحميها القانون . غير أن المادة ٢/٣ من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتي : « على أن حقوق مؤلف المصنف الفوتوغرافي لا يترتب عليها منع الغير من التقاط صور جديدة للشيء المصور ، ولو أخذت هذه الصور الجديدة من ذات المكان وبصفة عامة في ذات الظروف التي أخذت فيها الصورة الأولى »^(٣) . وليس في هذا النص ما ينتقص من حماية المصنف الفوتوغرافي ، فإن الحماية إنما تقتضي منع التقاط الصورة مباشرة من نفس المصنف الفوتوغرافي دون إذن من المؤلف ، ولكنها لا تمنع من التقاط صورة أخرى من ذات المكان ، ولو كان ذلك في ذات الظروف التي أخذت فيها الصورة الأولى .

ولكن الذي ينتقص من حماية المصنفات الفوتوغرافية ، وكذلك من حماية المصنفات السينمائية ، أن قانون حماية حق المؤلف استثنى من هذه المصنفات ما لا يكون مصطبغاً بطابع إنشائي وقد اقتصر فيه على نقل المناظر نقلاً آلياً ، فأنتقص من مدة حمايته إنقاصاً كبيراً ، إذ جعل هذه المدة خمس عشرة سنة

(١) باريس ٢٩ أبريل سنة ١٨٦٤ Ann. ٦٤ - ٢٣٥ - ٦ مايو سنة ١٨٦٤ Ann.

٦٤ - ٢٣٢ - ٦ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٧ - ١٤٨ - ١٤ نانسى ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز

١٩٠٣ - ٢ - ٢٩٦ - أورليان ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ - ٣٢٦ .

(٢) نقض فرنسى جنائى ١٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٥ - ٥ - ٣١٧ .

(٣) ويطابق نص المادة ٢/٣ من قانون حماية حق المؤلف، المادة ٢/٣ من مشروع المجلد .

بدلاً من خمسين ، وتبدأ من أول نشر للمصنف لا من وقت موت المؤلف .
 فنصت المادة ١/٢٠ من هذا القانون على ما يأتي : « على أنه بالنسبة للمصنفات
 الفوتوغرافية والسينمائية التي لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي واقتصر فيها
 على مجرد نقل المناظر نقلاً آلياً ، فتنتضي هذه الحقوق (حقوق الاستغلال
 المالي) بمضي خمسة عشر عاماً تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » .

١٨١ - المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة للطبيعة : وفي هذا

الفرض يحاكي الفنان المنظر الطبيعي الذي يصوره محاكاة تامة ، فيصور مثلاً
 مشهداً من مشاهد الطبيعة (paysage) ، أو صورة لإنسان (portrait) ،
 أو صورة حيوان . ويتوخى في ذلك أن ينقل الصورة التي يرسمها كما هي دون
 أي تغيير ، فتخرج وهي تكاد أن تكون نسخة طبق الأصل من الشيء
 المصور ، وحتى ليتوهم الرائي أنها صورة فوتوغرافية .

وقد ذهب رأى إلى أن هذه المحاكاة التامة تفقد المصنف الفني عنصر
 الابتكار والشخصية ، فلا يستحق الحماية^(١) . ولكن الرأى الصحيح هو أن
 العبرة في المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بالخطة كما قدمنا ، وإذا كان عنصر الخطة
 غير قوى في مجرد المحاكاة لشيء سابق ، فإن عنصر التنفيذ قائم قايماً تاماً ،
 ولعله أشد مشقة من التنفيذ الذي يقوم به المصور فيما لو تصرف وأطلق العنان
 لخياله . ولم ينقل الفنان المنظر الذي يصوره نقلاً ميكانيكياً ، بل رسمه بيده
 فأضنى عليه شخصيته وكان في هذا التنفيذ مبتكراً ، وهو أشد ابتكاراً وأبرز
 شخصية كلما زادت المحاكاة . ومن ثم يكون له على مصنفه حق المؤلف ،
 ولا يجوز لأحد دون إذنه أن ينقل مباشرة الصورة التي رسمها ، وإن جاز لأي
 شخص دون إذن أن يصور نفس المناظر عن الطبيعة نفسها . وعلى هذا الرأى
 الصحيح سار القضاء في فرنسا ، قضاء محكمة النقض وقضاء المحاكم الأخرى^(٢) .

(١) باريس ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ Ann. ١٩١٤ - ١ - ٢٨ - ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤

Ann. ١٩٢٤ - ٩٧ - دويه ٢٦ يونيو سنة ١٩٣١ مجموعة دويه ١٩٣١ - ١ - ٢٧ .

(٢) نقض فرنسي جنائي ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٣٣٣ -

باريس ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ٢ - ٦٤ - ٧ مارس سنة ١٩٠٢ جازيت دي تريبيو

١٩٠٢ - ٢ - ١٢ - السين ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ Ann. ١٩٠٦ - ١ - ١٩٧ - وانظر

ديبوا في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit et Art. فقرة ٤٦ .

ويترتب على أن للفنان حق المؤلف على المصنف الفني الذى حاكى فيه الطبيعة محاكاة تامة أنه لو نزل عن هذا الحق لناشر ، فإنه لا يجوز له بعد ذلك أن ينقل الصورة التى رسمها عن الصورة نفسها . ولكن يجوز له أن يصور مرة أخرى المشهد الطبيعى الذى سبق له تصويره ، لا عن الصورة نفسها ، بل عن الطبيعة^(١). على أنه يجب عليه أن يحترز من الإخلال بالتزام الضمان ، فقد يكون فى تصويره مرة أخرى المشهد الطبيعى عن الطبيعة إخلال بالتزامه نحو الناشر ، الذى باع له حقه فى الصورة الأولى ، بضمان تمتع الناشر بالحق الذى اشتراه دون تعرض من جانب البائع^(٢) .

١٨٢ — المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة لمصنفات فنية سابقة :

فى هذا الفرض ينقل الفنان عن صورة سابقة بحيث يحاكيها محاكاة تامة ويقع ذلك عادة عندما يشتهر مصنف شهرة عظيمة فى عالم الفن بأن يكون من صنع مصور من المصورين العالميين ، ويؤول هذا المصنف الفني إلى الملك العام بعد انقضاء مدة حمايته . فيعتمد بعض الفنانين إلى محاكاة هذا المصنف محاكاة تامة ، حتى ليصعب التمييز بين الأصل والنسخة التى أخذت عنه . فيظهر الفنان بذلك مقدرته الفنية . وقد يكون المصنف الفني المشهور لم يؤول بعد إلى الملك العام ولم تنتقض مدة حمايته ، فيجب فى هذه الحالة على الفنان الذى يريد محاكاته أن يستأذن فى ذلك صاحب هذا المصنف الفني أو خلفاءه . والمفروض الآن أن الفنان قد نقل ، بعد الحصول على الإذن الواجب أو دون إذن إذا لم يكن الإذن واجبا ، الصورة المشهورة وحاكاها محاكاة تامة ، فهل يكون له على عمله ، وهو الصورة التى رسمها هو وحاكى بها الصورة المشهورة ، حق المؤلف ؟

هنا أيضاً قد يقال إن الفنان لم يبتكر شيئاً ، وقد اقتصر على أن ينقل نسخة طبق الأصل عن صورة موجودة من قبل ، بل إنه هنا لم ينقل عن الطبيعة كما فعل فى الفرض السابق ، بل نقل عن صورة نقلها غيره عن الطبيعة

(١) باريس ٣ مايو سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ٢ - ١١ - دويه ١٣ مايو سنة ١٨٩١

دالوز ٩٢ - ٢ - ١٨٢ .

(٢) ديوان أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٤٩ .

أو نقلها عن خياله . ومن ثم لا يكون للفنان ، في نظر من يقول بذلك ، حق المؤلف على عمله ، ويجوز لغيره دون إذنه أن ينقل عن نفس الصورة التي رسمها كما نقلها هو عن غيره . ولكن الرأي الصحيح ، في هذا الفرض الثاني أيضاً ، أن العبرة في المصنف الفني بالتنفيذ ، ومادام الفنان قد نقل بيده الصورة التي رسمها ، ولم ينقلها بطريقة ميكانيكية ، فإنه يكون قد بذل جهداً واضحاً في التنفيذ ، بل إنه قد أظهر من الابتكار والمقدرة الفنية ما جعله يضاف شخصيته على العمل الذي قام به . ويزداد ابتكاره وطابعه الشخصي كلما كانت الصورة التي رسمها أكثر محاكاة للصورة الأصلية ، فإذا ما تعذر التمييز بين الصورتين فهالك يكون الفنان قد بلغ الأوج من الابتكار والمقدرة الفنية^(١) . ومن ثم يكون للفنان حق المؤلف على عمله ، ولا يجوز لغيره دون أن يستأذنه أن ينقل صورته ، كما استأذن هو صاحب الصورة الأصلية التي نقل عنها إذا كان هذا لا يزال متمتعاً بالحماية^(٢) . ولكن يجوز لأي شخص أن ينقل عن الصورة الأصلية ، بعد استئذان صاحبها إذا كان لا يزال متمتعاً بالحماية ، أو دون استئذان إذا انقضت مدة الحماية وآلت الصورة الأصلية إلى الملك العام .

وكما يجب استئذان صاحب المصنف الفني الأصلي إذا كان لا يزال متمتعاً بالحماية في محاكاة مصنفه ، كذلك يجب استئذانه في تحويل مصنفه من لون من ألوان الفن إلى لون آخر . ومن ثم يجب استئذان المهندس المعماري الذي شيد بناء بتصميم من وضعه في نقل صورة مطابقة للأصل لهذا البناء على أغذية حلب الجبن^(٣) ، واستئذان صاحب الصورة في نقل صورة مطابقة لصورته على سجاد تنقش فيه الصورة باليد^(٤) ، أو على مجموعة من الصيني أو من البرونز^(٥) .

(١) ديخوا في أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٥٠ .

(٢) باريس ٣٠ يولييه سنة ١٨٨٨ Ann. ٨٩ - ١١٧ - السين أول ديسمبر سنة ١٩٠٣ جازيت دي تريبينو ١٩٠٤ - ٢ - ١٤٩ - بروكل الابتدائية ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ Dr. d'auteur ٧١ - ١٩٠٤ .

(٣) باييه (Bayeux) ٢٠ يولييه سنة ١٩٢٣ Ann. ١٩٢٣ - ٣٥٩ .

(٤) باريس ٢٠ أبريل سنة ١٨٤٣ Jur. Gén. cod No. 409 .

(٥) باريس ١٦ فبراير سنة ١٨٤٣ Jur. Gén. cod No. 409 .

المطلب الثالث

المصنفات الموسيقية

١٨٣ - أنشء للمصنفات الموسيقية : ذكرت الفقرة الأولى من المادة ٢

ن قانون حماية حق المؤلف ، في إيرادها لأنواع المصنفات الفنية ، ما يأتي :
١ - المصنفات الموسيقية ، سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها : وهذه عبارة عامة شاملة ، تتناول جميع المصنفات الموسيقية . فإذا اقترنت المصنف الموسيقي بالألفاظ ، كان مركبا من عنصرين : العنصر الموسيقي ، وعنصر الألفاظ التي اقترنت بالعنصر الموسيقي وهو معتبر من المصنفات الأدبية . ولكن العنصر الموسيقي هو الغالب ، ومن ثم يجب اعتبار المصنف وحدة لا تنجزاً ويكون مصنفاً موسيقياً .

٢ - المسرحيات الموسيقية : وهذه تشمل لونا خاصا من ألوان المصنفات الموسيقية ، أفردتها القانون بالذكر تنويعا بشأنها . وتتناول المسرحيات الموسيقية الأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت والفودويل إذا اقترنت بها الموسيقى وأية مسرحية أخرى تقترن بها الموسيقى . وهنا يجب التمييز بين المسرحية ذاتها وهي مصنف أدبي له مؤلفه ، وبين الموسيقى التي اقترنت بالمسرحية وهي مصنف موسيقي وله مؤلف آخر . وإذا كانت الموسيقى تابعة للمسرحية ، إلا أنها تنفرد بذاتية مستقلة بوصفها مصنفاً موسيقياً ، ولصاحب الألحان الموسيقية حق المؤلف على ألحانه ، فلا يجوز لأحد دون إذنه أن ينقل ألحانه ، سواء صحبها بالمسرحية التي اقترنت بها أو نقلها مستقلة عن هذه المسرحية . وقد نصت المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف على أنه : إذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن ، فلكل منهم الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك (١) .

(١) وانظر أيضاً المادة ٢٩ من قانون حماية حق المؤلف في شأن مصنفات الموسيقى الغنائية حيث يتطلب عنصر الموسيقى على عنصر الكلام ، وسيأتي تفصيل القول في ذلك (انظر مايل فقرة ١٩٨) .

ويمكن أن يضاف إلى ما تقدم الأمثلة الآتية :

٣ - المصنفات التي تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى والاستعراضات المصحوبة بالموسيقى . ويتناول ذلك الرقص بأنواعه المختلفة والتمثيل والاستعراضات المسرحية والألعاب الرياضية إذا صحبها الموسيقى . وهنا يغلب عنصر الحركة على عنصر الموسيقى^(١) .

٤ - المصنف السينمائي . وتصحبه عادة الموسيقى ، ويعتبر واضع الموسيقى ، إذا قام بوضعها خصيصا للمصنف السينمائي ، شريكا في هذا المصنف (م ٣١) من قانون حماية حق المؤلف^(٢) .

١٨٤ - الفرق ما بين المصنفات الموسيقية وبين المصنفات الأدبية

والمصنفات الفنية : يختلف المصنف الموسيقي عن المصنف الأدبي في أن الموسيقى تخاطب الإحساس والشعور ، في حين أن التصنيف الأدبي يخاطب العقل والتفكير . فالفكرة في التصنيف الأدبي تسبق الخطوة ، وتسبق من باب أولى التعبير ، وهي غير قابلة لأن يترتب عليها حق المؤلف إذ هي حق مشاع للجميع . أما الميلودي (اللحن) في الموسيقى ، ويقابل الفكرة في التصنيف الأدبي ، فيحمل الطابع الشخصي للمؤلف ، ومن ثم يكون قابلا لأن تترتب عليه حقوق التأليف .

ويختلف المصنف الموسيقي عن المصنف الفني في أن الموسيقي تستلهم الخيال في داخل النفس فيتجسم الخيال في اللحن الموسيقي (الميلودي) ، ومن ثم يكون الميلودي قابلا لأن تترتب عليه حقوق المؤلف . أما الفن فيستلهم المراثيات في العالم الخارجي ، ومادام باقيا في دور الاستلهام فليس له قوام ذاتي تمكن حمايته ، ولا يحمي إلا إذا دخل دور التنفيذ أي التعبير ، وقد رأينا أن المصنف الموسيقي يحمي حتى قبل أن يؤدي ، وهو لا يزال نوتا (notes) موسيقية . على أن المصنف الموسيقي لا ينتهي إلى غايته إلا وهو في دور الحركة

(١) انظر المادة ٣٠ من قانون حماية حق المؤلف ، وانظر في صدد هذه المادة ما يلي

فقرة ١٩٩ .

(٢) وانظر فيما يتعلق بالمصنف السينمائي والمصنف المعد للإذاعة بالراديو أو بالتلفزيون

ما يلي فقرة ٢٠٠ .

أى بعد أن يدخل فى دور التأدية والسماع ، فى حين أن المصنف الفنى ينتهى إلى غايته وهو باق فى دور السكون ولا يبرح هذا الدور حتى بعد تنفيذه .

١٨٥ - عناصر المصنف الموسيقى : ويشتمل المصنف الموسيقى على

عناصر ثلاثة : (١) اللحن الموسيقى (الميلودى *mélodie*) . (٢) التوافق الموسيقى (المهارمونى *harmonie*) . (٣) الإيقاع الموسيقى أو الضرب الموسيقى أو الوزن الموسيقى (الريتم *rythme*) .

أما اللحن الموسيقى (الميلودى) فهو سلسلة من الأنغام (الأصوات الموسيقية) المتوالية ، تكون أساسا للمصنف الموسيقى . ويكون قابلا لأن ترتب عليه حقوق المؤلف ، مستقلا عن العنصرين الآخرين .

وأما التوافق الموسيقى (المهارمونى) فينتج من إصدار أنغام مختلفة فى آن واحد ، مع مراعاة الانسجام الموسيقى فيما بينها . وليس للتوافق الموسيقى قوام ذاتى ، وإنما هو يصحب اللحن الموسيقى ويقرن به ، إذ هو انسجام ما بين الأنغام المختلفة طبقا لقواعد موسيقية معروفة . ومن ثم لا يكون قابلا لأن ترتب عليه حقوق المؤلف ، إلا إذا صحب اللحن الموسيقى .

وأما الإيقاع الموسيقى (الريتم) فهو الأبعاد الزمنية ما بين الأنغام المختلفة المتوالية ، أو الأبعاد الزمنية ما بين نغم واحد يتكرر ، أو الاختلاف فى الضغط على النوت الموسيقية بعضها بالنسبة إلى بعض . ولا يكون قابلاً بذاته لأن ترتب عليه حقوق المؤلف ، ولكنه يكون قابلاً لذلك - كما هو شأن التوافق الموسيقى - إذا صحب اللحن الموسيقى واقرن به .

١٨٦ - المصنفات الموسيقية المشتقة من مصنفات سابقة : ويقع

فى المصنفات الموسيقية ، كما رأينا فى المصنفات الأدبية والفنية ، أن يشتق مصنف من مصنف آخر سابق عليه . والقاعدة واحدة فى جميع هذه الأحوال ، فإن مؤلف المصنف المشتق يجب عليه أن يستأذن مؤلف المصنف الأصيل أو خلفاءه إذا كان هذا المصنف لا تزال تشمله الحماية ولم يؤل إلى الملك العام ، فإن للمصنف الأصيل حقا أعلى (*droit éminent*) على المصنف المشتق . ولا حاجة لاستئذان أحد إذا كان المصنف الأصيل قد انقضت مدة حمايته وآل إلى الملك العام . فإذا اشتق مؤلف مصنفا موسيقيا من مصنف موسيقى

سابق ، فإنه له حقوق المؤلف على المصنف المشتق ، ولا يجوز لأحد بغير إذنه أو إذن خلفائه أن ينقل المصنف المشتق أو يحوله مادامت مدة حمايته باقية . واشتقاق مصنف موسيقى من مصنف موسيقى سابق يكون عادة بأحد طريقتين : طريق التحويل (arrangement) ، وطريق التنويع (variation) . أما طريق المحاكاة (imitation) ، وهو أن يبارى مؤلف موسيقى مؤلفا موسيقيا آخر فيأتى بمصنف يضاهى مصنفه ويسمو إلى مرتبته ، فليس بطريق اشتقاق ، ويعتبر المصنف اللاحق مصنفأ أصليا لا مشتقا ، شأنه في ذلك شأن المصنف السابق . ويترتب على ذلك أن صاحب المصنف اللاحق لا يتعين عليه استئذان صاحب المصنف السابق حتى لو كانت مدة حماية هذا المصنف الأخير لم تنقض ، فإن المصنف اللاحق مصنف أصلى غير مشتق من المصنف السابق . ويبقى الآن أن نقول كلمة موجزة في كل من طريقي الاشتقاق السابق الإشارة إليهما ، وهما التحويل والتنويع .

أما التحويل فيتحقق بنقل مصنف موسيقى من الصلاحية لآلة موسيقية معينة (البيانو مثلا) إلى الصلاحية لآلة موسيقية أخرى (الكمنجة مثلا) . وهذا أقرب ما يكون إلى الترجمة في المصنفات الأدبية والعلمية ، إذ أن المؤلف يترجم مصنفأ موسيقيا من لغة آلة موسيقية إلى لغة آلة موسيقية أخرى . ولا يعتبر نقل المصنف الموسيقى من مفتاح إلى مفتاح آخر تحويلا ، إذ أن هذا النقل إنما يقتضى مهارة تكنولوجية لا مهارة فنية ، أما التحويل فيقتضى مهارة فنية وينطوى على قدر من الابتكار والشخصية يجعل المصنف المحول جديراً بالحماية .

وأما التنويع فيقتضى مهارة فنية أكبر وينطوى على قدر أعلى من الابتكار والشخصية ، فإن المؤلف الموسيقى في حالة التنويع لا يلتزم مصنفأ موسيقيا واحدا فيترجمه من لغة آلة موسيقية إلى لغة آلة موسيقية أخرى ، بل هو يقتبس مصنفه المتنوع من مصنف أو مصنفات موسيقية متعددة يجمع بينها ، ويؤلف منها ومن عمله هو نفسه مصنفأ يحمل طابع شخصيته وأثر ابتكاره . ومن ثم يكون المصنف المتنوع جديراً بالحماية ، بل هو أولى بالحماية من المصنف المحول .

المبحث الثاني

المؤلف

١٨٧ — القاعدة العامة : تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « ويعتبر مؤلفا الشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه ، سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى ، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك . ويسرى هذا الحكم على الاسم المستعار ، بشرط ألا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف . وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في صدد هذا النص : « وقد عرفت هذه المادة المؤلف بأنه الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه بأية طريقة من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات لمؤلفها ، سواء كان ذلك بذكر اسم المؤلف عليه أو بذكر اسم مستعار أو علامة خاصة لا تدع مجالاً للشك في التعرف على شخصية المؤلف ، وهذه القرينة غير قاطعة فهي تقبل الدلائل العكسية^(١) . والقاعدة العامة في هذا الصدد أنه لما كان المصنف هو ابتكار الذهن كما قدمنا ، فالمؤلف بداهة هو المبتكر . ولم يعن النص مالف الذكر بذكر هذه القاعدة صراحة لبدهتها ، وإنما عني بأن يذكر كيف يقام الدليل على ذاتية هذا المبتكر . فالأصل أن المصنف ينشر عادة منسوباً إلى شخص معين ، فيذكر اسم هذا الشخص ، في غلاف المصنف وفي الصفحة الأولى من صفحاته وهي الصفحة التي تحمل العنوان ، على أنه هو المؤلف . وهذه قرينة قانونية على أن الشخص الذي ذكر اسمه هو المؤلف حقيقة ، وعلى من يدعي أن هذا غير صحيح وأنه هو ، لا الشخص الذي ذكر اسمه ، المؤلف الحقيقي أن يقيم الدليل على ذلك . وله أن يقيم الدليل بجميع طرق الإثبات ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية . وقد يكفي المؤلف بوضع علامة على مصنفه ، فإذا وقع نزاع فعليه

(١) ويقابل النص في المشروع الجديد الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا المشروع ، وتجري على النحو الآتي . « ويعتبر مؤلفاً للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي نشر المصنف منه بإليه ، سواء كان ذلك بذكر اسمه الحقيقي أو اسم مستعار على المصنف أو بأية طريقة أخرى ، إلا إذا ثبت عكس ذلك . ولا فرق في الأحكام ما بين نص القانون القائم ونص المشروع الجديد .

أن يثبت بجميع الطرق أن هذه العلامة خاصة به وأنها لا تدع مجالاً للشك في التعرف على شخصيته . وقد يضع المؤلف على مصنفه اسماً مستعاراً ، أو ينشره غفلاً من اسم المؤلف بتاتا ، فيكون على المؤلف عند النزاع إقامة الدليل بجميع الطرق على أن الاسم المستعار هو له بحيث لا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف ، أو أنه هو الذى ألف المصنف في حالة نشره غفلاً من اسم المؤلف ، وسنعود إلى هذه الحالة ببيان أوفى فيما يلى ^(١) . ويتبين من ذلك أن نسبة المصنف إلى شخص ، سواء بذكر اسمه على المصنف أو بذكر اسم مستعار أو بأية طريقة أخرى ، إنما هي قرينة قانونية غير قاطعة ، فهي تقبل دائماً لإثبات العكس ، ويكون الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية . ولما كان المصنف إنما هو نتاج الفكر ، فإنه يترتب على ذلك النتيجةتان الآتيتان .

أولاً - أنه لا يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن صفته كمؤلف ، فهو المؤلف حتماً لأن المصنف هو نتاج فكره ، كالأب لا يستطيع أن ينزل عن أبوته . وكل ما يستطيع المؤلف أن ينزل عنه للغير ، ليس هو صفة المؤلف ولا الحق الأدبي الملتصق بهذه الصفة . ولكن حق الاستغلال المالى الذى يثبت له باعتباره مؤلفاً على النحو الذى سنفصله فيما يأتى .

ثانياً - لا يجوز فى الأصل أن يكون المؤلف شخصاً معنوياً ، فالمصنف نتاج الفكر كما قدمنا ، والشخص المعنوى غير قادر على التفكير . والذين يفكرون هم أشخاص طبيعىون تابعون للشخص المعنوى ، فيجب أن يكونوا هم المؤلفين وليس الشخص المعنوى . ومع ذلك فإن قانون حماية حق المؤلف يصرح بأن المؤلف قد يكون شخصاً معنوياً ، وقد أشار إلى ذلك عندما نص فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ منه على ما يأتى : « وتحسب هذه المدة (مدة الحماية) من تاريخ النشر إذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً ^(٢) » . وكان الواجب أن تكون الحماية للشخص الطبيعى الذى ألف المصنف بتوجيه الشخص

(١) انظر فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٤ .

(٢) انظر أيضاً المادة ٢٧ من نفس القانون فى المصنف الجماعى (انظر ما يلى فقرة ١٩٥) - وقد صرح بذلك أيضاً المشروع الجديد عندما نص ، كما رأينا ، فى الفقرة الثانية من المادة الأولى على ما يأتى : « ويعتبر مؤلفاً الشخص الطبيعى أو الاعتبارى ... » .

المعنوى ، وأن تكون مدة الحماية خمسين سنة لا من وقت نشر المصنف كما جاء في النص . بل من وقت موت الشخص الطبيعي الذي ألف المصنف . ومنعود إلى هذه المسألة في مناهجات مختصرة .

١٨٨ — ملاحظات خاصة : وإلى جانب هذه القاعدة العامة ، توجد حالات خاصة في حاجة إلى شيء من التفصيل . وهذه الحالات : التي سنتناولها فيما يلي ، هي : (١) المصنفات التي يكلف مؤلفوها بوضعها . (٢) المصنفات التي تحمل اسما مستعارا أو التي لا تحمل أى اسم . (٣) المصنفات التي يتعدد فيها المؤلف .

المطلب الأول

المصنفات التي يكلف مؤلفوها بوضعها

١٨٩ — فرضاه : يكلف المؤلف بوضع مصنف إما بتكليف خاص بموجب عقد مقاول ، أو بتكليف عام بأن يكون المؤلف في خدمة رب العمل يوجره على وضع المصنفات بموجب عقد عمل . وفي الفرضين يبقى للمؤلف صفته هذه لا تنتقل منه إلى رب العمل ، كما يبقى له حقه الأدبي على مصنفه إذ أن هذا الحق لصيق بشخصه ، وكل ما يكون محلا للنظر هو ما إذا كان المؤلف قد نزل لرب العمل عن حقه المالى في استغلال المصنف بموجب عقد المقاول أو عقد العمل .

ونبحث كلا من الفرضين .

١٩٠ — الفرض الأول — عقد المقاول : نفرض أن شخصا قاول

أحد المؤلفين على أن يقوم هذا الأخير بوضع مصنف معين : كتاب في التاريخ أو في الطبيعة أو رسم صورة أو عمل تمثال أو تأليف لحن موسيقى أو وضع أغنية أو كتابة مسرحية . ففي هذا الفرض يحدد عقد المقاول حقوق كل من الطرفين ، المؤلف ورب العمل . ويستوى أن يكون رب العمل شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ، والشخص المعنوى قد يكون شخصا معنويا عاما كالدولة ممثلة في وزارة التربية والتعليم مثلا ، أو شخصا معنويا خاصا كجمعية للفنون الجميلة

أو جمعية للتمثيل المسرحي أو شركة لبيع التماثيل أو الأغاني أو الألحان الموسيقية وهناك حدود لا يجوز أن يتخطاها عقد المفاوضة . فالمؤلف لا يجوز له ، بعقد المفاوضة ، أن ينزل لرب العمل عن صفته كمؤلف ، فلا يمكن أن يصبح رب العمل هو المؤلف للمصنف محل المفاوضة ، بل تبقى للمؤلف صفته بالرغم من أى اتفاق على خلاف ذلك . كذلك لا يجوز للمؤلف . بعقد المفاوضة ، أن ينزل عن حقه الأدبي كمؤلف ، فهذا حق لصيق بشخصه غير قابل للتصرف فيه ، ويبقى المؤلف يمارس هذا الحق ولو وجد اتفاق في عقد المفاوضة على غير ذلك .

والذي يمكن الاتفاق عليه في عقد المفاوضة هو ما يتعلق بحق المؤلف المالي في استغلال مصنفه . فقد ينزل المؤلف عن هذا الحق لرب العمل بموجب عقد المفاوضة ، فيصبح رب العمل هو صاحب الحق في استغلال المصنف ماليا طوال مدة الحماية ، أى طوال حياة المؤلف وخمسين سنة بعد موته . ومن هنا نرى أن رب العمل ، إذا كان شخصا معنويا عاما أو خاصا ، لا يستطيع أن يكون هو المؤلف للمصنف الذى أوصى بوضعه ، وكل ما يكون له من حق هو أن يستغل ماليا هذا المصنف إلى خمسين سنة بعد موت المؤلف ، لا إلى خمسين سنة من وقت نشر المصنف (قارن م ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) . وقد يقتصر المؤلف على أن ينزل لرب العمل ، بموجب عقد المفاوضة ، عن حق الاستغلال المالي لمدة معينة ، عشر سنوات مثلا أو عشرين سنة . وقد لا ينزل المؤلف عن حقه المالي إلا بالنسبة إلى طبعة واحدة أو عدد معين من الطباعات ، أو عن عدد معين من النسخ مع الاحتفاظ بحقه في طبع نسخ أخرى . وهكذا تنوع صور الاتفاق ما بين المؤلف ورب العمل بموجب عقد المفاوضة ، ولكن كل هذه الصور إنما تتناول حق المؤلف في استغلال مصنفه استغلالا ماليا ، ولا تتجاوز ذلك إلى صفته كمؤلف ولا إلى حقه الأدبي على مصنفه .

١٩١ - الفرصه الثاني - عقد العمل : وهنا نفرض أن شخصا صناعته

التأليف استخدمه رب العمل بموجب عقد عمل ، فظل في خدمته يضع المصنفات التى يوصى بها رب العمل ، فى مقابل أجر يحدد طبقا للطرق التى يحدد بها الأجر فى عقد العمل . مثل ذلك عقود العمل التى تبرمها الصحف والمجلات

مع محرريها ، على أن يقوم هؤلاء بتحرير الصحيفة أو المجلة في نظير أجر شهري ، أو في نظير أجر عن كل مقال يحضره المؤلف .

وهنا أيضاً في هذا الفرض ، كما في فرض عقد المقاوله ، لا يجوز للمؤلف بموجب عقد العمل أن ينزل عن صفته كمؤلف ، ولا أن ينزل عن حقه الأدبي على مصنفه . ولا يجوز أن يصبح رب العمل - شخصاً طبعياً كان أو شخصاً معنوياً عاماً كاللولة أو خاصاً كالجمعية والشركة - هو المؤلف بموجب عقد العمل ، ولا أن يكون له حق أدبي على المصنف . ولكن المؤلف يكون بموجب عقد العمل قد تصرف في حقه المالى في استغلال مصنفه ، فلا ينشر هذا المصنف مثلاً إلا في الصحيفة أو المجلة التى تعاقد معها^(١) . وقد يحتفظ المؤلف بحقه في جمع مصنفاته التى نشرها باسمه رب العمل في مصنف شامل ، ويكون له في هذه الحالة حق استغلال هذا المصنف مالياً . ويتحدد بوجه عام حقوق المؤلف المالية على مصنفاته بحسب ما ورد من الشروط في عقد العمل .

وقد يوفق المؤلف ، في أثناء خدمته لرب العمل وبسبب هذه الخدمة ، إلى وضع مصنف لم يتعاقد عليه بالذات مع رب العمل . فيستبقى المؤلف في

(١) وقد تكون الدولة أو شخص عام هو رب العمل ، وهو الذى يكون له حق الاستغلال المالى للمصنف . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا الصدد بأنه ليس هناك ما يمنع الدولة من أن تملك أملاكاً أدبية كما تملك أملاكاً مادية ، وإن كان يبدو لأول وهلة أنه إن صحح للدولة أن تملك أملاكاً مادية فإنه لا يصح لها أن تملك أملاكاً أدبية وأن تستغلها تجارياً ، إذ لا يصح الاتجار بالثقافة العامة ونشرها من أول واجبات الدولة . فإنه يجب أن يلاحظ من جهة أخرى أن استغلال الدولة للأملاك الأدبية كاستغلالها للأملاك المادية ماهو إلا المصلحة العامة ، لأن ما تكسبه الحكومة من مال من ذلك يؤول بمجرد أيلوكت إليها إلى خزانة الدولة العامة ، أى يصح من الأموال العامة التى لا تصرف إلا في الشؤون العامة وفي سبيل المصلحة العامة ... فإن أجهدت الدولة نفسها بوساطة موظفيها الذين يأخذون مرتباتهم العامة في تأليف كتاب جديد أو تصحيح كتاب قديم ، وزادت فيه وعلقت عليه من مصادر أخرى ، ورتبته ووضعت مقدمة وفهرسا له ، فإن كل ذلك يعتبر ملكية أدبية لا يصح معها لفرد أن يستغل هذا المجهود استغلالاً تجارياً لنفسه خاصة بدون أى مقابل من جهته (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ : وهى قضية نشر كتاب القرطبي - وكانت محكمة مصر الكلية في ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٣ ص ٨٨ ، قد قضت بأنه مع التسليم جديلاً بأيلولة مثل هذه المؤلفات إلى وزارة المعارف ، فإنها متى آلت للدولة وطبعها تسقط حالاً في الملك العام ، ويكون لكل إنسان حق إعادة طبعها ، لأن المؤلفات التى تنشرها الدولة تدل بطبيعتها على أنها وضعت لخدمة الجمهور) .

هذه الحالة على المصنف الحق الأدبي والحق المالى جميعا ، ويكون له وحده حق استغلال المصنف أو النزول عن استغلاله لمن يشاء . وذلك ما لم يرد شرط فى عقد العمل يقضى بغيره . وقد ورد فى التقنين المدنى نص خاص بما يوفق إليه العامل من اختراعات جديدة فى أثناء خدمته لرب العمل . يمكن تطبيقه أنصاً على ما يضعه المؤلف من مصنفات . فقد نصت المادة ٦٨٨ مدنى على أنه ١ - إذا وفق العامل إلى اختراع جديد فى أثناء خدمة رب العمل ، فلا يكون لهذا أى حق فى ذلك الاختراع . ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال فى خدمة رب العمل . ٢ - على أن ما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداء ، أو إذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة بأن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من الاختراعات . ٣ - وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية . جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة . ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشأته .

وهناك مصنفات يقوم بها موظفو الدولة بحكم وظائفهم ، كشروعات القوانين والقرارات واللوائح ، وكالأحكام القضائية ، وكالتقارير الاقتصادية والمالية والعلمية والتعليمية والإحصاءات وما إلى ذلك من الوثائق الرسمية . فهذه كلها تقع فى الملك العام ، ولا يكون لا للدولة ولا لمن وضعوها ولا لأى أحد آخر حق المؤلف عليها ، إذ يراد بهذه الوثائق الرسمية أن تكون فى متناول كل فرد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١) . ويلاحظ مع ذلك أن بعض هذه الوثائق قد تكون سرية ، فلا يجوز لأحد نشرها ، وقد يقتضى الأمر الاستئذان فى نشر بعضها من الجهة الحكومية المختصة ، كما يلاحظ أن المجموعات المنسقة تنسيقاً مبتكراً يثبت عليها حق المؤلف لمن قام بجمعها وقد تقدم بيان ذلك^(٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٧٤ .

المطلب الثاني

المصنفات التي تحمل اسما مستعاراً أو لا تحمل أى اسم

١٩٢ - استبقاء المؤلف لصفته ولحقوقه : قدمنا أن الفقرة الثالثة من

المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف تقضى بأن المصنف الذى يحمل اسماً مستعاراً أو ينشر غفلاً من اسم المؤلف يبقى منسوباً إلى مؤلفه الحقيقى ، ويحفظ هذا بصفته وبجميع حقوقه الأدبية والمالية على مصنفه^(١) ، وإن كان ذلك يبقى مستوراً ولا ينفذ إلا فيما بينه وبين من فوض له مباشرة حقوقه ، إلى أن يكشف المؤلف الحقيقى عن شخصيته فعند ذلك يباشر حقوقه بنفسه . والمؤلف يعتمد إلى نشر مصنفه تحت اسم مستعار أو غفلاً من اسمه لأسباب مختلفة ترجع إلى محض تقديره ، فقد يرى إبقاء اسمه مستوراً لتتاح له الفرصة فى تقدير أثر مصنفه فى نفوس الجماهير ، وقد يفعل ذلك مراعاة لمصلحة الغير ، وقد يسير فى ذلك على نهج ألفه كبار الكتاب من نشر مصنفاتهم تحت اسم مستعار . والمهم أن سر اسمه لا يحرمه من صفته ولا من حقوقه ، ولكن مادام اسمه مستوراً فإنه يخضع لأحكام خاصة يقتضيها هذا السر ، حتى إذا أعلن عن شخصيته خضع للأحكام العامة . فيجب إذن أن تميز بين عهدتين : العهد الذى يبقى فيه اسمه مستوراً ، والعهد الذى يكشف فيه عن شخصيته .

١٩٣ - العهد الأول - المؤلف اسم مستور : تنص المادة ٢٨ من

قانون حماية حق المؤلف على أنه « فى المصنفات التى تحمل اسماً مستعاراً أو التى لا تحمل اسم المؤلف ، يعتبر أن الناشر لها قد فوض من المؤلف فى مباشرة الحقوق المقررة فى هذا القانون ، ما لم ينصب المؤلف وكيلاً آخر أو يعلن شخصيته ويثبت صفته^(٢) . ويخلص من هذا النص أنه مادام اسم المؤلف

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٧ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص ما يأتى : « والمصنفات التى تنشر غفلاً من اسم المؤلف أو باسم مستعار تعتبر ملكاً للناشر ، وأساس هذا الحكم قرينة مفترضة فى أن المؤلف قد فوض الناشر فى مباشرة حقوق استغلاله وذلك إلى أن يكشف المؤلف عن شخصيته . ولا شك أن فى هذا الحكم تيسيراً للمؤلف فى مباشرة حقوقه إذا ما رغب عدم الإعلان عن شخصه ، وحرص على أن يظل أمره مجهولاً . »

ويقابل هذا النص نص المادة ٢٨ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان .

مستوراً ، فلا بد من شخص ظاهر يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية . وهذه ضرورة تقتضيها طبائع الأشياء . وهذا الشخص الظاهر لابد أن يكون مفوضاً من المؤلف نفسه في مباشرة حقوقه ، إذ بدون تفويض لا يكون للشخص الظاهر صفة في مباشرة هذه الحقوق . ويضع النص مالف الذكر قرينة قانونية تيسيراً للتعامل ، وهذه القرينة تنص بأن ناشر المصنف يعتبر هو الشخص الظاهر الذي فوض له المؤلف مباشرة حقوقه . ولكن هذا الحكم غير مفروض على المؤلف . فإما أن يفوض شخصاً آخر غير الناشر في مباشرة حقوقه ويبقى الناشر مجرد ناشر . أما الذي يباشر حقوق المؤلف فهو الشخص الذي فوضه المؤلف في ذلك .

وسواء كان الشخص الظاهر هو الناشر أو غيره . فإن له أن يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية . يباشر حقوقه الأدبية كأن يطالب بمنع أى اعتداء على المصنف ، ويجب أن يلتزم في ذلك التوجيهات التي تصدر له من المؤلف . ويباشر حقوق المؤلف المالية ، كأن يتعاقد على نشر المصنف إذا لم يكن قد نشر . ويتعامل مع الناشر إذا لم يكن هو نفسه الناشر . ويبيع نسخ المصنف ويقبض الثمن . ويعيد نشر المصنف إلا إذا منعه المؤلف من ذلك ، وبأذن للغير في تحويل المصنف أو في تلخيصه أو في ترجمته ، وبالحملة يباشر جميع حقوق المؤلف في الاستغلال المالى إلا ما منعه منه المؤلف . ويجب عليه ، ككل وكيل مفوض ، أن يقدم حساباً عن كل ذلك إلى موكله ، فيؤدى له المبالغ التي قبضها ، وينقل له الحقوق التي كسبها ، ويعرضه عن الحسارة التي جشعها له بخطأه .

ويستثنى من ذلك الأمور الثلاثة الآتية : (١) ليس له أن يسحب المصنف إلا أن يفوضه المؤلف في ذلك تفويضاً خاصاً ، فإن سحب المصنف من حقوق المؤلف الأدبية الموكولة إلى محض تقديره الشخصي . (٢) وليس له أن يضع حداً لسر اسم المؤلف ، بأن يتنحى عن التفويض كاشفاً اسم المؤلف الحقيقي ، إلا إذا أذنه المؤلف في ذلك ، فإن هذا أمر هو أيضاً موكول لمحض تقدير المؤلف الشخصي ، فلا يجوز للشخص الظاهر أن يباشره دون إذنه . ومع ذلك يستطيع الشخص الظاهر أن يتنحى عن التفويض في الحدود التي يستطيع فيها الوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، ويكون ذلك بإرادته وحده دون حاجة إلى

الحصول على رضاء المؤلف ، ولكنه يبقى سائرا لاسم المؤلف لا يكشف عنه ،
وللمؤلف بعد ذلك أن يختار بين الكشف عن شخصيته أو تفويض شخص
ظاهر آخر بحل محل الشخص الظاهر الذي تنحى . (٣) كان مقتضى أن يعتبر
للشخص الظاهر هو المؤلف يباشر حقوقه ، أن مدة الحماية تقاس على حياة
الشخص الظاهر لا على حياة المؤلف مادام اسمه مستورا ، ولكن القانون لم
يسر إلى هذا الحد في اعتبار الشخص الظاهر هو المؤلف ، إذ نصت المادة ٢١
من قانون حماية حق المؤلف على أن « تبدأ مدة الحماية المبينة في الفقرة الأولى
من المادة السابقة بالنسبة للمصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم
مستعار من تاريخ نشره ، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها فتبدأ
مدة الحماية من تاريخ الوفاة » . وفي هذا الحكم وقاية من عدم استمرار مدة
الحماية ، فلو حسبنا المدة من تاريخ موت الشخص الظاهر فمن المحتمل أن يحل
محل الشخص الظاهر شخص ظاهر غيره كما رأينا ، فتتغير مدة الحماية إذ
تبدأ من تاريخ موت الشخص الظاهر الثاني ثم الثالث وهكذا . ولكن بفضل
الحكم الوارد في المادة ٢١ سالفة الذكر تستمر مدة الحماية ، فهي تبدأ من
تاريخ نشر المصنف وتبقى سارية من هذا التاريخ مادام اسم المؤلف الحقيقي
مستورا ولو تغير الشخص الظاهر . ولا تتغير مدة الحماية إلا في حالة واحدة
هي إذا كشف المؤلف الحقيقي عن شخصيته ، فعند ذلك تبدأ مدة الحماية
من تاريخ موته .

١٩٤ - العهد الثاني - المؤلف كُشف عن شخصيته : والمؤلف حر
في أن يكشف عن شخصيته في أي وقت شاء ، فإن هذا الأمر موكول إلى
محض تقديره الشخصي كما قدمنا . فإذا مات دون أن يكشف عن شخصيته ،
لم يجز لورثته من بعده أن يتولوا هم من تلقاء أنفسهم الكشف عن شخصيته ما لم
يكن قد أذن لهم في ذلك قبل موته^(١) . فإن لم يكن قد أذن في ذلك ، وجب
بقاء اسمه مستورا ، ويقدم الشخص الظاهر الحساب للورثة الذين حلوا محل
المؤلف ، وتنتهي مدة الحماية بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كما
سبق القول . وإن كان المؤلف قد أذن لورثته في الكشف عن شخصيته بعد

(١) ديبراف أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ Prop. Lit. et Art, فقرة ١١٣ .

موته . وح عليهم الكشف عن هذه الشخصية ، ويختفى عندئذ الشخص
الظاهر وينتقل الوراثة حقوق المؤلف بأنفسهم مباشرة دون وسيط ، مع التزامهم
باحترام حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر . ولا تنتهي مدة الحماية
إلا بانقضاء خمسين سنة من وقت موت المؤلف ، لا من وقت نشر المصنف .
ونفرض الآن أن المؤلف قد كشف عن شخصيته في حال حياته ، فعند
ذلك يختفى الشخص الظاهر ويصبح المؤلف الحقيقي معروفا ، فيتولى مباشرة
جميع حقوقه الأدبية والمالية بنفسه ، ويجب عليه مع ذلك أن يحترم حقوق
الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر قبل أن يكشف عن شخصيته .
ولا تنتهي مدة الحماية إلا بانقضاء خمسين سنة من وقت موته ، وكانت قبل أن
يكشف عن شخصيته تنتهي بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كما
سبق القول .

المطلب الثالث

المصنفات التي يتعدد فيها المؤلف

١٩٥ — المصنف الجماعي : تنص المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف

على ما يأتي : « المصنف الجماعي هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة
بتوجيه شخصي طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، ويندمج
عمل المشتركين فيه في اخذ العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو
المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة .
ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه
مؤلفا ، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف ^(١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص : « المصنف الجماعي هو المصنف
الذي يشترك في وضعه جماعة من المؤلفين بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي ، ويندمج عمل
المشاركين فيه في فكرة صاحب التوجيه بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة .
وصاحب حق المؤلف في هذه المصنفات هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ونظم ابتكار
المصنف ، فله وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف » .

ويقابل هذا النص المادة ٢٧ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان .

ومثل المصنف الجماعى هو المعجم ودائرة المعارف فهذه أعمال واسعة النطاق ، لا يقوم بها عادة شخص واحد . بل يشترك فى وضعها عدد كبير من المؤلفين . ويكونون جميعاً تحت إدارة شخص واحد ، يضع خطة العمل ويشرف على تنفيذها . وليس من الضرورى أن يساهم فى التأليف ، فقد يقتصر على الإشراف والتنسيق والتصحيح والتوجيه . ويعتبر هو مؤلف المصنف الجماعى فى جميع الأحوال .

ويجب هنا أن نميز بين فرضين : فلما أن يكون عمل المشتركين فى التأليف قد اندمج فى الهدف العام بحيث لا يمكن فصل عمل كل منهم وتمييزه على حدة ويقع ذلك كثيراً فى أعاجم وقد يقع فى دوائر المعارف ، أو أن يكون عمل كل من المشتركين متميزاً عن عمل الآخر ويمكن فصله على حدة بل ويحمل فى بعض الأحيان توقيعاً ويقع ذلك كثيراً فى دوائر المعارف ويقع غالباً فى المجلات والصحف .

فى الفرض الأول - وهو الفرض الذى عرضت له المادة ٢٧ سالفه الذكر - لا يكون لأحد من المشتركين حق . ويعتبر الشخص الذى وجه العمل ونسقه ونظمه ووضع خطته هو المؤلف ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف المالية والأدبية . وبصح أن يكون هذا الشخص شخصاً معنوياً ، كجمعية أو شركة أو دائرة من دوائر الحكومة كجمع اللغة العربية فى وضع المعاجم وكدار الكتب والجمعيات فى نشر المخطوطات وكوزارة التربية والتعليم فى الكتب المدرسية وكالدوائر الثقافية المختلفة فى وضع دوائر المعارف وغيرها من المصنفات الأدبية والعملية . وكان الواجب فى هذه الحالة أن يكون المؤلف هو الشخصى الطبيعى الذى أدار العمل ونسقه ونظمه ولو تعدد ، ويعتبر المؤلف قد نزل ، فى نظير الأجر أو المكافأة التى تقاضاها ، عن حقوقه المالية فى المصنف للشخص المعنوى الذى عمل لحسابه^(١) . ولكن نص المادة ٢٧ سالفه الذكر صريح فى أن المؤلف هو الشخص المعنوى ذاته ، وأنه هو الذى يباشر جميع حقوق المؤلف المالية والأدبية وهذه حالة يعتبر فيها الشخص المعنوى مؤلفاً بنص صريح . وعلى خلاف التباين . وعلى ذلك نحسب مدة

الحماية خمسين سنة من تاريخ النشر . مادام المؤلف هو شخص معنوى عام أو خاص (م ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) .
وفي الفرض الثانى ، إذا كان عمل كل من المشتركين متميزاً عن عمل الآخر ويمكن فصله على حدة ، يبنى الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى أدار العمل ، هنا أيضاً ، هو المؤلف للمصنف فى مجموعه . ولكن يثبت لكل من المشتركين ، مادام عمله متميزاً ، حق المؤلف على عمله . فله إذن أن يباشر جميع الحقوق الأدبية والمالية على هذا العمل وحده بشرط ألا ينافس المصنف الجماعى ، ويعتبر أنه قد نزل لمن أدار العمل عن حقوقه المالية على عمله باعتباره جزءاً من المصنف الجماعى لا باعتباره منفصلاً على حدة . وذلك فى نظير الأجر أو المكافأة التى تقاضاها (١) .

١٩٦ - المصنف المشترك - القاعدة العامة : تنص المادة ٢٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « إذا اشترك عدة أشخاص فى تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك ، اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوى فيما بينهم ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين ، فإذا وقع خلاف بينهم يكون الفصل فيه من اختصاص المحكمة الابتدائية ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٠ و ٣٢ ، و ٣٣ ، و ٣٤ من هذا القانون . ولكل من المشتركين فى التأليف الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف » . وتنص المادة ٢٦ من نفس القانون على ما يأتى : « إذا كان اشترك كل من المؤلفين بدرجة تحت نوع مختلف من الفن ، فلكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك . ما لم يتفق على غير ذلك (٢) » .

(١) دييوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٢٤ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « المصنفات المشتركة هى المصنفات التى يشترط فى تأليفها عدة أشخاص ، وهى نوعان : نوع يجمع بين إنتاج جميع المشتركين فى التأليف على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك ، وفى هذه الحالة يعتبرون جميعاً أصحاب حق المؤلف على التساوى إلا إذا اتفق على غير ذلك . فلا يجوز مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف -

ونرى من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن المصنف اشترك فيه أكثر من شخص ، ولا يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك . مثل ذلك شخصان يكتبان رواية واحدة أو كتابا أدبيا أو علميا ، أو يشتركان في نحت تمثال أو رسم صورة أو وضع مسرحية أو لحن موسيقى ، ويكون اشتراكهما بحيث لا يتميز نصيب كل منهما في العمل المشترك عن نصيب الآخر (١) . ففي هذا الفرض يكون حق المؤلف لها على الشبوع ، وتكون حصة كل منهما في هذا الحق بالقدر الذي يتفقان عليه إذا هما يعلمان ما بذل كل منهما من جهد في العمل المشترك ويستطيعان تقديره . فقد يتفقان

— إلا باتفاقهم جميعا . فإذا اختلفوا ، يرجع في فرض هذا الخلاف إلى المحكمة الابتدائية (م ٢٥) . وقد — بين جميع المشتركين في التأليف بالنسبة لحق المؤلف لتعذر تحديد نصيب كل منهم في استغلال المصنف ، بسبب استحالة فصله وتمييزه . وقد كفل الشق الأخير من المادة ٢٥ لجميع المشتركين في التأليف حق رفع الدعاوى ، عند وقوع أى تعد على حق المؤلف الذى يملكونه على الشبوع فيما بينهم — أما النوع الآخر من المصنفات المشتركة فهى المصنفات التى يتميز فيها نصيب كل مشترك في التأليف بسبب اختلاف أنواع الحقوق التى يساهم بها كل منهم في المؤلف المشترك ، وفي هذه الحالة يكون لكل منهم حق استغلال الجزء الذى انفرد بوضعه ، على ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٦) .

وتتطابق المادة ٢٥ من قانون حماية حق المؤلف المادة ٢٥ في المشروع الجديد . أما المادة ٢٦ من المشروع الجديد فقد جاءت أكثر وضوحا من المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف إذ جرت حل الوجه الآتى : « إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل نصيب كل منهم ، كان لكل منهم الحق في استغلال الجزء الذى ساهم فيه حل حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

(١) والمهم في تعريف الاشتراك في تأليف المصنف أن تكون هناك فكرة مشتركة للمؤلفين يحتدون بها ، وليس من الضروري أن يكون كل جزء من المصنف من عمل المشتركين فيه . ولكن يجب أن يساهم كل شريك في التأليف مساهمة فعلية ، أما مجرد مراجعة المصنف وتهذيب بعض عباراته وإبداء الرأى فيه فلا يكتفى لتحقيق فكرة الاشتراك (ديبوا فقرة ١٧١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٠٩) — وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير المشاركة الذهنية في التأليف من مسائل الواقع التى يستغل بها قاضى الموضوع ما دام حكمه يقوم على أسباب سائفة ، فإذا كان الحكم المظنون فيه قد نزع عن الطاعن اشتراكه في تأليف الكتاب موضوع النزاع ، استنادا إلى أن الأدلة التى تقدم بها إنما هى تعليقات بخطه على أصل الكتاب أثبت الخير المتدب أنها لا تتجاوز استبدال كلمة بأخرى أو مثلا بآخر ، وهى فى مجموعها لا تدل على مشاركة ذهنية وتبادل فى الرأى جاء الكتاب نتيجة ، فإن هذا الذى أورده الحكم يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤ ص ٢٤) .

على أن يكون لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث، أو أن يكون لكل منهما النصف .
 أو أن يكون لأحدهما الربع وللآخر ثلاثة الأرباع . وهكذا . فإذا لم يتفقا
 على شيء ، لم يبق إلا أن تنسب حصة كل منهما مساوية لحصة الآخر ،
 فيكون لكل منهما النصف . أما من حيث استعمال حقوق المؤلف الأدبية
 والمالية ، فهذا يترك لها مع الاتفاق فيما بينهما . فيتعاقدان معاً مع الناشر مثلاً ،
 ويتصرفان معاً في حقوق الاستغلال المالية للمصنف المشترك ، وبأذنان معاً لمن
 يشاءان في ترجمة المصنف أو تحويله أو التعليق عليه وما إلى ذلك . وكذلك
 يتفقان معاً في استعمال الحقوق الأدبية ، فيختاران معاً الوقت الذي ينشر فيه
 المصنف ، ويتفقان معاً على نسبته إليهما ، وعلى سجه أو تعديله إذا كان هناك
 مقتضى لذلك^(١) . فإذا تعذر الاتفاق ، كان لأي منهما أن يرفع دعوى أمام
 المحكمة الابتدائية التي يكون فيها موطن الآخر ، ويطلب من المحكمة البت في
 النزاع القائم بينهما في أي شأن من الشؤون المتقدمة الذكر . وهناك حق من
 الحقوق الأدبية للمؤلف ، هو حق دفع الاعتداء عن المصنف ، يملكه كل
 منهما على انفراد دون حاجة لاشتراك الآخر معه ، إذ المصنف مشترك
 بينهما ولا يمكن لأحدهما أن يدفع الاعتداء عن حصته في المصنف دون أن
 يدفع في الوقت ذاته الاعتداء عن حصة الآخر . ويلاحظ ، مع كل ذلك ،
 الأحكام التي قدمناها في شأن المصنف الجماعي (م ٢٧) ، وما سنورده من
 الأحكام في شأن المصنفات الموسيقية الغنائية (م ٢٩) ، وفي شأن الحركات
 والاستعراضات المصحوبة بموسيقى (م ٣٠) ، وفي شأن المصنفات السينمائية
 والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية وللتلفزيون (م ٣٢ - ٣٤) . ويلاحظ
 أخيراً أنه ليس لأحد من الشريكين أن يتفرد وحده - فيما عدا استعمال الحق
 في دفع الاعتداء المتقدم الذكر - باستعمال أي حق من الحقوق المالية أو

(١) وقد يفرض أحدهما الآخر في مباشرة هذه الحقوق بالوكالة عنه ، وذلك تمييزاً
 لاستغلال المصنف ، وقد يكون هذا التفويض ضمياً يستخلص من الظروف . فيتصرف الوكيل
 المفوض في حدود التفويض ، إلا إذا عزل شريكه عن الوكالة وأعلن ذلك العزل للغير الذي يتعامل
 معه الوكيل . ويجب في جميع الأحوال أن يكون تصرف الوكيل متفقاً مع المصلحة المشتركة للشريكين
 معاً ، وإلا خرج التصرف عن حدود التفويض (ديبوا في أنسيكلوبيدي ذالورز ، لفظاً
 Prop. Lit. et Atr. - نفرة ٣٧٩ - نفرة ٢٨٠) .

الأدبية إلا إذا كان معه تفويض من الشريك الآخر . ولا محل لبحث ما إذا كان لكل شريك أن ينفرد باستغلال نصيبه في المصنف المشترك ، إذ المفروض هنا أن نصيب كل منهما يتعذر فصله عن نصيب الآخر فلا يتسنى لصاحبه أن ينفرد باستغلاله .

(الفرض الثاني) أن المصنف اشترك فيه أكثر من شخص ، ويمكن تمييز نصيب كل منهم في العمل المشترك وفصله عن أنصبة الآخرين . مثل ذلك شخصان يشتركان في وضع أغنية أحدهما يقوم بوضع كلماتها والآخر يقوم بتلحينها ، ومثل ذلك أيضاً أن يكتب شخصان كتاباً في التاريخ أو في القانون أو في الكيمياء أو في الحساب ويختص أحدهما بكتابة فصول معينة من هذا الكتاب ويختص الآخر بكتابة الفصول الأخرى . ونرى من ذلك أنه ليس من الضروري ، حتى يتيسر فصل نصيب كل من الشريكين ، أن يندرج هذا النصيب تحت نوع مختلف من الفن كما توحى بذلك خطأ نص المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف فيما قدمناه . بل يصح أن يكون نصيب كل من الشريكين متميزاً عن نصيب الآخر ويمكن فصله عنه ، مع اندراج كل من النصيبين تحت لون واحد من الفن^(١) . ومواءم اندراج كل من النصيبين تحت لون مختلف من الفن أو اندرجاً معاً تحت لون واحد ، فالمؤلف للمصنف المشترك هو الشريكان معاً ، ويكون لكل منهما حصته في هذا المصنف بحسب الاتفاق أو بالتساوي إذا لم يوجد اتفاق بينهما . ويستعملان معاً حقوق المؤلف المالية والأدبية بالاتفاق فيما بينهما على النحو الذي بسطناه في الفرض الأول . ولكل منهما منفرداً دفع الاعتداء عن المصنف ، كما هو الحكم في الفرض الأول . ويلاحظ عدم الإخلال بأحكام المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٠ و ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من قانون حماية حق المؤلف ، وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام عند الكلام في الفرض الأول . ويتميز الفرض الثاني عن الفرض الأول فيما يأتي : لما كان نصيب كل من الشريكين متميزاً عن نصيب الآخر ويمكن الفصل فيما بينهما ، فإنه يجوز لكل منهما منفرداً الحق في استغلال نصيبه ،

(١) وقد رأينا أن المادة ٢٦ في المشروع الجديد تقرر ذلك مراعاة ، فجاءت أكثر وضوحاً من نص المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، وذلك ما لم يتفق الطرفان على حرمان كل منهما من هذا الحق . وعلى ذلك يجوز ، ما لم يوجد اتفاق مخالف ، أن يستغل صاحب الكلمات في الأغنية كلماته ، على ألا يعوق ذلك من انتشار الأغنية الملحنة ، ويجوز كذلك لكل من الشريكين أن ينشر فصلاً أو أكثر من الفصول المعنية التي ساهم بها في المصنف المشترك بشرط ألا يكون في ذلك منافسة للمصنف المشترك (١) .

١٩٧ - صور خاصة من الاشتراك : بعد أن قرر قانون حماية حق المؤلف في مادتيه ٢٥ و ٢٦ القاعدة العامة في المصنف المشترك ، أورد في المواد ٢٩ إلى ٣٦ منه صوراً خاصة من الاشتراك وطبق عليها القاعدة العامة . وهذه الصور الخاصة هي : (١) مصنفات الموسيقى الغنائية . (٢) الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى . (٣) المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية أو للتلفزيون . (٤) الصور ومن تمثلهم هذه الصور ، ولا يوجد هنا مصنف مشترك ولكن يوجد شخص غير المؤلف ثبت له حقوق معينة . أما المصنفات الجماعية ، فقد مر بمحها (٢) .

ونقول كلمة موجزة في كل صورة من هذه الصور الخاصة .

(١) ونرى من ذلك أن المصنف المشترك - في كل من فرضيه - له نظام خاص : فهو من جهة لا يجوز استغلاله ولا اتخاذ قرار في شأنه إلا باتفاق جميع الشركاء أو قضاء المحكمة ، وهو من جهة أخرى كما سنرى تحسب مدة حمايته من تاريخ موت آخر من بقى حياً من المشتركين (٢٠٢/٢ من قانون حماية حق المؤلف) وفي ذلك تأكيد لمعنى الاشتراك .

ومن ثم يجب التمييز بين الاشتراك في مصنف (collaboration) ، والاقتباس من مصنف سابق (adaptation) بطريق الاشتقاق كالتحويل أو الترجمة ، إذ لكل من الحالتين نظامها الخاص . ففي الاقتباس من مصنف سابق يستقل مؤلف المصنف السابق بمصنفه ، وتكون له بالإضافة إلى ذلك حقوق على المصنف المقتبس سبق بيانها (انظر آتفا فقرة ١٧٣ - فقرة ١٧٧) . وتحسب مدة حياة المصنف المقتبس من تاريخ موت مؤلفه ، لا من تاريخ موت من بقى حياً من المؤلفين . انظر في ذلك نغص فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٨١ دالوز ٨١ - ١ - ٣٢٩ - السين ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ١ - ١٦١ - ديبوا في أنسيكلوبيدي دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et. Art

فقرة ١٢٧ - فقرة ١٢٩ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٩٥ .

١٩٨ - ١ . مصنفات الموسيقى الغنائية : تنص المادة ٢٩ من قانون

حماية حق المؤلف على ما يأتي : « في حالة الاشتراك في تأليف مصنفات الموسيقى الغنائية ، يكون لمؤلف الشطر الموسيقي وحده الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف كله أو بتنفيذه أو بنشره أو بعمل نسخ منه ، مع عدم الإخلال بحق مؤلف الشطر الأدبي . ويكون لمؤلف الشطر الأدبي الحق في نشر الشطر الخاص به وحده ، على أنه لا يجوز له التصرف في هذا الشطر ليكون أساسا لمصنف موسيقي آخر ، ما لم يتفق على غير ذلك » (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : « المصنفات الموسيقية إما أن تكون موسيقي غنائية ، وإما أن تكون استعراضات أو مصنفات تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى . وقد عالج المشروع مصنفات الموسيقى الغنائية في المادة ٢٩ ، والمقصود بها المصنفات التي يشترك في تأليفها واضع الجزء الأدبي (أى الرواية أو المقطوعة) وواضع الموسيقى . ولما كان الشطر الموسيقي في المصنفات الغنائية هو الشطر الأهم ، فقد نص المشروع على أن واضع هذا الشطر هو صاحب الحق في تقرير نشر المصنف المشترك أو عرضه أو تنفيذه أو عمل نسخ منه . ولم يغفل حق مؤلف الشطر الأدبي ، فحفظ له حقه في الأرباح فضلا عن حقه الأصلي في نشر أو عمل نسخ من الشطر الأدبي وحده . على أنه لا يجوز له أن يتصرف في هذا الشطر الأدبي ليكون أساسا لمصنف موسيقي آخر ، حتى لا يضار شريكه في التأليف وهو واضع الشطر الموسيقي ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وبين من النص مالف الذكر أن مصنف الموسيقى الغنائية ، كالأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت والأغاني المأحنة ، لها مؤلفان : مؤلف الشطر الموسيقي وهو الذى وضع ألحان الموسيقى ، ومؤلف الشطر الأدبي وهو الذى وضع الكلام الذى يغنى في المسرحية أو في الأغنية . أما المؤدى ، وهو الممثل الذى يغنى على المسرح أو المطرب الذى يؤدى الأغنية ، فليس مؤلفا ، ولا يعتبر شريكا لهذين المؤلفين . المصنف الموسيقي الغنائى . وإنما يكون له حق أصيل مستقل في تأديته للغناء ، فإذا أريد نشر المصنف الموسيقي الغنائى

(١) ويقابل النص المادة ٢٩ في المشروع الجديد والنصان متطابقان .

تأديته هو بالذات وجب استثنائه ، وبالأخص يجب استثنائه في عمل
 اسطوانات تسجيل تأديته وفي إذاعة تأديته بالراديو وبالتلفزيون . ولكن
 ليس هناك ما يمنع ، كما سنرى ، مؤلف الشطر الموسيقى من أن يأذن لشخص
 آخر غير المؤدى الأول في تأدية المصنف ، ولا يلزم لذلك أن يأذن المؤدى
 الأول إذ ليس له حق في ذات المصنف وإنما حقه في تأديته هو على ما بينا ،
 فالمؤلف إذن للمصنف الموسيقى الغنائي ، كما قدمنا ، شخصان : مؤلف
 الشطر الموسيقى ومؤلف الشطر الأدبي . ومن بين هذين الشخصين ، مؤلف
 الشطر الموسيقى هو الذى يعتبر مؤلفاً للشطر الأساسى من المصنف . ومن ثم
 لا تنطبق هنا القاعدة التى قدمناها في المصنفات المشتركة من أنه يجب اتفاق
 المؤلفين معاً - مؤلف الشطر الموسيقى ومؤلف الشطر الأدبي - لاستعمال حقوق
 المؤلف الأدبية والمالية . بل يستقل مؤلف الشطر الموسيقى باستعمال هذه
 الحقوق ، فهو وحده الذى يقرر الوقت الذى ينشر فيه المصنف ، كما أنه هو
 الذى يقرر محبه إذا كان هناك مقتضى لذلك . وهو وحده الذى يرخص في
 الأداء العلنى للمصنف كله ، لو احدى أو أكثر ، إما عن طريق التأدية المباشرة
 أو طريق الإذاعة بالراديو أو التلفزيون ، كما يرخص في تنفيذه أو فى نشره
 أو فى عمل نسخ منه ، كل هذا ما لم يكن قد نزل عن حقوقه في ذلك لشخص
 آخر كالمؤدى مثلاً .

أما حقوق مؤلف الشطر الأدبي فهى نوعان : حقه في مجموع المصنف
 ذاته ، وحقه في الشطر الأدبي وحده . فحقه في مجموع المصنف ذاته هو
 حق الشريك (coauteur, collaborateur) ، وحصته في المصنف هى
 الحصة التى يتفق عليها مع مؤلف الشطر الموسيقى . فإذا لم يكن هناك
 اتفاق ، لم يكن له النصف كما يكون له في المصنفات المشتركة في القاعدة
 العامة ، إذ أن الشطر الموسيقى هو الشطر الأساسى كما قدمنا . ويبدو أنه عند
 النزاع ، يقدر القاضى (المحكمة الابتدائية) حصته وحصه مؤلف الشطر
 الموسيقى . فإذا تقررت حصه مؤلف الشطر الأدبي في المصنف ، كان له أن
 يأخذ بقدرها في كل استغلال مالى . ويبقى بعد ذلك حقه الخاص في الشطر
 الأدبي ، فإن هذا الشطر متميز عن الشطر الموسيقى ويمكن فصله عنه . فيكون

له وحده الحق في استغلاله ، والإذن في نشره منفصلا : بشرط ألا يضر ذلك بمجموع المصنف أو يحد من انتشاره طبقا لما قررناه من القواعد في المصنفات المشتركة . وله كذلك حق نسبة الشطر الأدبي إليه : وحق دفع الاعتداء عنه . وهناك قيد على حقه أوردته العبارة الأخيرة من المادة ٢٩ سالفه الذكر على النحو الآتي : « على أنه لا يجوز له التصرف في هذا الشطر ليكون أساسا لمصنف موسيقى آخر ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فإلم يكن هناك اتفاق على أنه يجوز لمؤلف الشطر الأدبي أن يدفع بالكلام الذي ألفه للملحن آخر ليجمعه أساسا لمصنف موسيقى آخر ، فإنه لا يجوز لمؤلف الشطر الأدبي أن يفعل ذلك دون إذن من مؤلف الشطر الموسيقي . حتى لا يضار هذا الأخير فإن تلحين الكلام مرة أخرى بواسطة موسيقى آخر ينافس دون شك التلحين الأول . ولكن هل يجوز لمؤلف الشطر الموسيقي . دون إذن مؤلف الشطر الأدبي ، أن يجعل أساسا لألحانه الموسيقية التي سبق له أن ألفها كلاما آخر يؤلفه هو أو يؤلفه له أى شخص آخر ؟ يبدو أنه يجوز له ذلك : فإن الألحان الموسيقية هي الشطر الأساسي كما سبق القول . فيكون لصاحبها أن يتخذ لها أساسا أى كلام يختاره .

١٩٩ - ٢ . المحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى : تنص

المادة ٣٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « في المصنفات التي تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى وفي الاستعراضات المصحوبة بموسيقى وفي جميع المصنفات المشابهة ، يكون لمؤلف الشطر غير الموسيقى الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف المشترك كله أو بتنفيذه أو بعمل نسخ منه . ويكون لمؤلف الشطر الموسيقي حق التصرف في الموسيقى وحدها . بشرط ألا تستعمل في مصنف يشابه المصنف المشترك . ما لم يتفق على غير ذلك ^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص : « وعرضت المادة ٣٠ لحكم المصنفات التي تنفذ بحركات ، وبعبارة أخرى المصنفات التي تكون وسيلتها في التعبير حركات أو خطرات وما يماثلها مصحوبة بالموسيقى . ولما كان الشطر غير الموسيقى هو الأهم هنا ، فقد نص المشروع على أن واضح هذا الشطر هو

(١) ويقابل هذا النص المادة ٣٠ في المشروع الجديدة ، والنصان متطابقان في المعنى .

صاحب الحق في تقرير نشر المصنف المشترك إلى آخر ما جاء بالمادة ، مع الاحتفاظ لمؤلف الشطر الموسيقي بحق التصرف في الموسيقى وحدها ، وذلك بنفس القيد الوارد في المادة السابقة ، أى بشرط ألا تستعمل الموسيقى في مصنف مشابه للمصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك .

ويبين من النص سالف الذكر أن الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى ، كالرقص والاستعراضات المسرحية وبعض الألعاب الرياضية ، لها مؤلفان : مؤلف الحركات أو الاستعراضات ومؤلف الموسيقى . ومن بين هذين الشخصين ، يعتبر مؤلف الحركات أو الاستعراضات هو المؤلف للشطر الأساسي من المصنف ، وذلك خلافا لما رأيناه في الموسيقى الغنائية من أن الموسيقى هي الشطر الأساسي . وينبني على ذلك أن مؤلف الحركات أو الاستعراضات هو الذى يتولى استعمال حقوق المؤلف الأدبية والمالية على النحو الذى بسطناه فيما يتعلق بمصنفات الموسيقى الغنائية^(١) .

أما حقوق مؤلف الموسيقى فهي هنا أيضاً نوعان : حقه في مجموع المصنف وحقه في الموسيقى وحدها . فحقه في مجموع المصنف هو حق الشريك (coauteur, collaborateur) ، وخصته هي الحصة التى يتفق عليها مع مؤلف الحركات أو الاستعراضات . فإن لم يكن هناك اتفاق ووقع نزاع ، حسمت المحكمة الابتدائية هذا النزاع على النحو الذى سبق أن قررناه في شأن مصنفات الموسيقى الغنائية^(٢) . أما فيما يتعلق بحقه على الموسيقى وحدها ، فذلك حق ينفرد باستغلاله وباستعمال سائر حقوق المؤلف بالنسبة إليه ، بشرط ألا يضر ذلك بمجموع المصنف أو يحد من انتشاره . وله أيضاً حق نسبة الموسيقى إليه ، ودفع الاعتداء عنها . وهناك قيد على حقه مماثل القيد الذى أوردناه في شأن حق مؤلف الكلام في الموسيقى الغنائية ، وهو ألا يستعمل موسيقاه في مصنف يشابه المصنف المشترك ، إلا إذا اتفق مع مؤلف الحركات أو الاستعراضات على حقه في هذا الاستعمال .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٨ .

٢٠٠ - ٠٣ المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة المرئية

أول التلفزيون : تنص المادة ٣١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :
 « يعتبر شريكا في تأليف المصنف السينمائي أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيونية : (أولا) مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج الإذاعي أو التلفزيون . (ثانيا) من قام بتحويل المصنف الأدبي الموجود بشكل يجعله ملائما للسنمائي . (ثالثا) مؤلف الحوار . (رابعا) واضع الموسيقى إذا قام بوضعها خصيصاً للمصنف السينمائي . (خامسا) المخرج إذا بسط رقابة فعلية وقام بعمل إيجابي من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائي . وإذا كان المصنف السينمائي أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون مبسوطا أو مستخرجا من مصنف آخر سابق عليه ، يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا في المصنف الجديد . وتنص المادة ٣٢ من نفس القانون على ما يأتي :
 « لمؤلف السيناريو ولمن قام بتحويل المصنف الأدبي ولمؤلف الحوار والمخرج مجتمعين الحق في عرض المصنف السينمائي أو المعد للإذاعة أو التلفزيون ، رغم معارضة واضع المصنف الأدبي الأصلي أو واضع الموسيقى ، وذلك مع عدم الإخلال بحقوق المعارض المدنية على الاشتراك في التأليف . ولمؤلف الشرط الأدبي أو الشرط الموسيقي الحق في نشر مصنفه بطريقة أخرى غير السينما أو الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، ما لم يتفق على غير ذلك » . وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون على ما يأتي : « يعتبر منتجا للمصنف السينمائي أو الإذاعي أو التلفزيوني الشخص الذي يتولى تحقيق الشريط أو يتحمل مسؤولية هذا التحقيق ، ويضع في متناول مؤلف المصنف السينمائي أو الإذاعي أو التلفزيوني الوسائل المادية والمالية الكفيلة بإنتاج المصنف وتحقيق إخراجه . ويعتبر المنتج دائما ناشر المصنف السينمائي ، وتكون له كافة حقوق الناشر على الشريط وعلى نشره . ويكون المنتج طول مدة استغلال الشريط المتفق عليها نائبا عن مؤلف المصنف السينمائي وعن خلفهم في الاتفاق على عرض الشريط واستغلاله ، دون الإخلال بحقوق مؤلف المصنفات الأدبية أو الموسيقية المتقبسة ، كل ذلك ما لم يتفق على خلافه ^(١) » .

(١) وحده في المذكرة الإيضاحية و صدد منه الصريح : المصنفات السينمائية : عرض =

ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للراديو وللتلفزيون هي مصنفات مشتركة ، ساهم في صنعها أكثر من مؤلف واحد . فنبعث إذن (١) من يعتبر شريكا في تأليف المصنف السينمائي أو المصنف المعد للراديو أو للتلفزيون . (٢) حقوق المؤلف الثابتة لحولاء الشركاء .

٢٠١ - من يعتبر شريكا في تأليف المصنف السينمائي أو الإذاعي

أو التلفزيوني : تعد المادة ٣١ سالفة الذكر ستة نعتبرهم بحكم القانون شركاء ، في تأليف المصنف السينمائي أو المصنف المعد للراديو أو للتلفزيون . وإعداد المصنف السينمائي يقارب كثيراً إعداد المصنف المعد للإذاعة بالراديو أو بالتلفزيون ، ففي جميع الأحوال يكون هناك مصنف أدبي (كسرحية أو قصة أو فكرة تعد للبرنامج الإذاعي أو التلفزيوني) يعد لإذاعته عن طريق السينما أو الراديو أو التلفزيون ، وقد يكون هذا المصنف مستخرجا من مصنف أدبي آخر سابق عليه . ويبدأ الإعداد بتحويل المصنف الأدبي المراد إذاعته على نحو يجعله ملائما لأصول فن السينما أو الراديو أو التلفزيون . ثم يعد مؤلف السيناريو المناظر والفصول ويرتب الحوادث ^١ ^٢ ^٣ ^٤ ^٥ ^٦ ^٧ ^٨ ^٩ ^{١٠} ^{١١} ^{١٢} ^{١٣} ^{١٤} ^{١٥} ^{١٦} ^{١٧} ^{١٨} ^{١٩} ^{٢٠} ^{٢١} ^{٢٢} ^{٢٣} ^{٢٤} ^{٢٥} ^{٢٦} ^{٢٧} ^{٢٨} ^{٢٩} ^{٣٠} ^{٣١} ^{٣٢} ^{٣٣} ^{٣٤} ^{٣٥} ^{٣٦} ^{٣٧} ^{٣٨} ^{٣٩} ^{٤٠} ^{٤١} ^{٤٢} ^{٤٣} ^{٤٤} ^{٤٥} ^{٤٦} ^{٤٧} ^{٤٨} ^{٤٩} ^{٥٠} ^{٥١} ^{٥٢} ^{٥٣} ^{٥٤} ^{٥٥} ^{٥٦} ^{٥٧} ^{٥٨} ^{٥٩} ^{٦٠} ^{٦١} ^{٦٢} ^{٦٣} ^{٦٤} ^{٦٥} ^{٦٦} ^{٦٧} ^{٦٨} ^{٦٩} ^{٧٠} ^{٧١} ^{٧٢} ^{٧٣} ^{٧٤} ^{٧٥} ^{٧٦} ^{٧٧} ^{٧٨} ^{٧٩} ^{٨٠} ^{٨١} ^{٨٢} ^{٨٣} ^{٨٤} ^{٨٥} ^{٨٦} ^{٨٧} ^{٨٨} ^{٨٩} ^{٩٠} ^{٩١} ^{٩٢} ^{٩٣} ^{٩٤} ^{٩٥} ^{٩٦} ^{٩٧} ^{٩٨} ^{٩٩} ^{١٠٠} ^{١٠١} ^{١٠٢} ^{١٠٣} ^{١٠٤} ^{١٠٥} ^{١٠٦} ^{١٠٧} ^{١٠٨} ^{١٠٩} ^{١١٠} ^{١١١} ^{١١٢} ^{١١٣} ^{١١٤} ^{١١٥} ^{١١٦} ^{١١٧} ^{١١٨} ^{١١٩} ^{١٢٠} ^{١٢١} ^{١٢٢} ^{١٢٣} ^{١٢٤} ^{١٢٥} ^{١٢٦} ^{١٢٧} ^{١٢٨} ^{١٢٩} ^{١٣٠} ^{١٣١} ^{١٣٢} ^{١٣٣} ^{١٣٤} ^{١٣٥} ^{١٣٦} ^{١٣٧} ^{١٣٨} ^{١٣٩} ^{١٤٠} ^{١٤١} ^{١٤٢} ^{١٤٣} ^{١٤٤} ^{١٤٥} ^{١٤٦} ^{١٤٧} ^{١٤٨} ^{١٤٩} ^{١٥٠} ^{١٥١} ^{١٥٢} ^{١٥٣} ^{١٥٤} ^{١٥٥} ^{١٥٦} ^{١٥٧} ^{١٥٨} ^{١٥٩} ^{١٦٠} ^{١٦١} ^{١٦٢} ^{١٦٣} ^{١٦٤} ^{١٦٥} ^{١٦٦} ^{١٦٧} ^{١٦٨} ^{١٦٩} ^{١٧٠} ^{١٧١} ^{١٧٢} ^{١٧٣} ^{١٧٤} ^{١٧٥} ^{١٧٦} ^{١٧٧} ^{١٧٨} ^{١٧٩} ^{١٨٠} ^{١٨١} ^{١٨٢} ^{١٨٣} ^{١٨٤} ^{١٨٥} ^{١٨٦} ^{١٨٧} ^{١٨٨} ^{١٨٩} ^{١٩٠} ^{١٩١} ^{١٩٢} ^{١٩٣} ^{١٩٤} ^{١٩٥} ^{١٩٦} ^{١٩٧} ^{١٩٨} ^{١٩٩} ^{٢٠٠} ^{٢٠١} ^{٢٠٢} ^{٢٠٣} ^{٢٠٤} ^{٢٠٥} ^{٢٠٦} ^{٢٠٧} ^{٢٠٨} ^{٢٠٩} ^{٢١٠} ^{٢١١} ^{٢١٢} ^{٢١٣} ^{٢١٤} ^{٢١٥} ^{٢١٦} ^{٢١٧} ^{٢١٨} ^{٢١٩} ^{٢٢٠} ^{٢٢١} ^{٢٢٢} ^{٢٢٣} ^{٢٢٤} ^{٢٢٥} ^{٢٢٦} ^{٢٢٧} ^{٢٢٨} ^{٢٢٩} ^{٢٣٠} ^{٢٣١} ^{٢٣٢} ^{٢٣٣} ^{٢٣٤} ^{٢٣٥} ^{٢٣٦} ^{٢٣٧} ^{٢٣٨} ^{٢٣٩} ^{٢٤٠} ^{٢٤١} ^{٢٤٢} ^{٢٤٣} ^{٢٤٤} ^{٢٤٥} ^{٢٤٦} ^{٢٤٧} ^{٢٤٨} ^{٢٤٩} ^{٢٥٠} ^{٢٥١} ^{٢٥٢} ^{٢٥٣} ^{٢٥٤} ^{٢٥٥} ^{٢٥٦} ^{٢٥٧} ^{٢٥٨} ^{٢٥٩} ^{٢٦٠} ^{٢٦١} ^{٢٦٢} ^{٢٦٣} ^{٢٦٤} ^{٢٦٥} ^{٢٦٦} ^{٢٦٧} ^{٢٦٨} ^{٢٦٩} ^{٢٧٠} ^{٢٧١} ^{٢٧٢} ^{٢٧٣} ^{٢٧٤} ^{٢٧٥} ^{٢٧٦} ^{٢٧٧} ^{٢٧٨} ^{٢٧٩} ^{٢٨٠} ^{٢٨١} ^{٢٨٢} ^{٢٨٣} ^{٢٨٤} ^{٢٨٥} ^{٢٨٦} ^{٢٨٧} ^{٢٨٨} ^{٢٨٩} ^{٢٩٠} ^{٢٩١} ^{٢٩٢} ^{٢٩٣} ^{٢٩٤} ^{٢٩٥} ^{٢٩٦} ^{٢٩٧} ^{٢٩٨} ^{٢٩٩} ^{٣٠٠} ^{٣٠١} ^{٣٠٢} ^{٣٠٣} ^{٣٠٤} ^{٣٠٥} ^{٣٠٦} ^{٣٠٧} ^{٣٠٨} ^{٣٠٩} ^{٣١٠} ^{٣١١} ^{٣١٢} ^{٣١٣} ^{٣١٤} ^{٣١٥} ^{٣١٦} ^{٣١٧} ^{٣١٨} ^{٣١٩} ^{٣٢٠} ^{٣٢١} ^{٣٢٢} ^{٣٢٣} ^{٣٢٤} ^{٣٢٥} ^{٣٢٦} ^{٣٢٧} ^{٣٢٨} ^{٣٢٩} ^{٣٣٠} ^{٣٣١} ^{٣٣٢} ^{٣٣٣} ^{٣٣٤} ^{٣٣٥} ^{٣٣٦} ^{٣٣٧} ^{٣٣٨} ^{٣٣٩} ^{٣٤٠} ^{٣٤١} ^{٣٤٢} ^{٣٤٣} ^{٣٤٤} ^{٣٤٥} ^{٣٤٦} ^{٣٤٧} ^{٣٤٨} ^{٣٤٩} ^{٣٥٠} ^{٣٥١} ^{٣٥٢} ^{٣٥٣} ^{٣٥٤} ^{٣٥٥} ^{٣٥٦} ^{٣٥٧} ^{٣٥٨} ^{٣٥٩} ^{٣٦٠} ^{٣٦١} ^{٣٦٢} ^{٣٦٣} ^{٣٦٤} ^{٣٦٥} ^{٣٦٦} ^{٣٦٧} ^{٣٦٨} ^{٣٦٩} ^{٣٧٠} ^{٣٧١} ^{٣٧٢} ^{٣٧٣} ^{٣٧٤} ^{٣٧٥} ^{٣٧٦} ^{٣٧٧} ^{٣٧٨} ^{٣٧٩} ^{٣٨٠} ^{٣٨١} ^{٣٨٢} ^{٣٨٣} ^{٣٨٤} ^{٣٨٥} ^{٣٨٦} ^{٣٨٧} ^{٣٨٨} ^{٣٨٩} ^{٣٩٠} ^{٣٩١} ^{٣٩٢} ^{٣٩٣} ^{٣٩٤} ^{٣٩٥} ^{٣٩٦} ^{٣٩٧} ^{٣٩٨} ^{٣٩٩} ^{٤٠٠} ^{٤٠١} ^{٤٠٢} ^{٤٠٣} ^{٤٠٤} ^{٤٠٥} ^{٤٠٦} ^{٤٠٧} ^{٤٠٨} ^{٤٠٩} ^{٤١٠} ^{٤١١} ^{٤١٢} ^{٤١٣} ^{٤١٤} ^{٤١٥} ^{٤١٦} ^{٤١٧} ^{٤١٨} ^{٤١٩} ^{٤٢٠} ^{٤٢١} ^{٤٢٢} ^{٤٢٣} ^{٤٢٤} ^{٤٢٥} ^{٤٢٦} ^{٤٢٧} ^{٤٢٨} ^{٤٢٩} ^{٤٣٠} ^{٤٣١} ^{٤٣٢} ^{٤٣٣} ^{٤٣٤} ^{٤٣٥} ^{٤٣٦} ^{٤٣٧} ^{٤٣٨} ^{٤٣٩} ^{٤٤٠} ^{٤٤١} ^{٤٤٢} ^{٤٤٣} ^{٤٤٤} ^{٤٤٥} ^{٤٤٦} ^{٤٤٧} ^{٤٤٨} ^{٤٤٩} ^{٤٥٠} ^{٤٥١} ^{٤٥٢} ^{٤٥٣} ^{٤٥٤} ^{٤٥٥} ^{٤٥٦} ^{٤٥٧} ^{٤٥٨} ^{٤٥٩} ^{٤٦٠} ^{٤٦١} ^{٤٦٢} ^{٤٦٣} ^{٤٦٤} ^{٤٦٥} ^{٤٦٦} ^{٤٦٧} ^{٤٦٨} ^{٤٦٩} ^{٤٧٠} ^{٤٧١} ^{٤٧٢} ^{٤٧٣} ^{٤٧٤} ^{٤٧٥} ^{٤٧٦} ^{٤٧٧} ^{٤٧٨} ^{٤٧٩} ^{٤٨٠} ^{٤٨١} ^{٤٨٢} ^{٤٨٣} ^{٤٨٤} ^{٤٨٥} ^{٤٨٦} ^{٤٨٧} ^{٤٨٨} ^{٤٨٩} ^{٤٩٠} ^{٤٩١} ^{٤٩٢} ^{٤٩٣} ^{٤٩٤} ^{٤٩٥} ^{٤٩٦} ^{٤٩٧} ^{٤٩٨} ^{٤٩٩} ^{٥٠٠} ^{٥٠١} ^{٥٠٢} ^{٥٠٣} ^{٥٠٤} ^{٥٠٥} ^{٥٠٦} ^{٥٠٧} ^{٥٠٨} ^{٥٠٩} ^{٥١٠} ^{٥١١} ^{٥١٢} ^{٥١٣} ^{٥١٤} ^{٥١٥} ^{٥١٦} ^{٥١٧} ^{٥١٨} ^{٥١٩} ^{٥٢٠} ^{٥٢١} ^{٥٢٢} ^{٥٢٣} ^{٥٢٤} ^{٥٢٥} ^{٥٢٦} ^{٥٢٧} ^{٥٢٨} ^{٥٢٩} ^{٥٣٠} ^{٥٣١} ^{٥٣٢} ^{٥٣٣} ^{٥٣٤} ^{٥٣٥} ^{٥٣٦} ^{٥٣٧} ^{٥٣٨} ^{٥٣٩} ^{٥٤٠} ^{٥٤١} ^{٥٤٢} ^{٥٤٣} ^{٥٤٤} ^{٥٤٥} ^{٥٤٦} ^{٥٤٧} ^{٥٤٨} ^{٥٤٩} ^{٥٥٠} ^{٥٥١} ^{٥٥٢} ^{٥٥٣} ^{٥٥٤} ^{٥٥٥} ^{٥٥٦} ^{٥٥٧} ^{٥٥٨} ^{٥٥٩} ^{٥٦٠} ^{٥٦١} ^{٥٦٢} ^{٥٦٣} ^{٥٦٤} ^{٥٦٥} ^{٥٦٦} ^{٥٦٧} ^{٥٦٨} ^{٥٦٩} ^{٥٧٠} ^{٥٧١} ^{٥٧٢} ^{٥٧٣} ^{٥٧٤} ^{٥٧٥} ^{٥٧٦} ^{٥٧٧} ^{٥٧٨} ^{٥٧٩} ^{٥٨٠} ^{٥٨١} ^{٥٨٢} ^{٥٨٣} ^{٥٨٤} ^{٥٨٥} ^{٥٨٦} ^{٥٨٧} ^{٥٨٨} ^{٥٨٩} ^{٥٩٠} ^{٥٩١} ^{٥٩٢} ^{٥٩٣} ^{٥٩٤} ^{٥٩٥} ^{٥٩٦} ^{٥٩٧} ^{٥٩٨} ^{٥٩٩} ^{٦٠٠} ^{٦٠١} ^{٦٠٢} ^{٦٠٣} ^{٦٠٤} ^{٦٠٥} ^{٦٠٦} ^{٦٠٧} ^{٦٠٨} ^{٦٠٩} ^{٦١٠} ^{٦١١} ^{٦١٢} ^{٦١٣} ^{٦١٤} ^{٦١٥} ^{٦١٦} ^{٦١٧} ^{٦١٨} ^{٦١٩} ^{٦٢٠} ^{٦٢١} ^{٦٢٢} ^{٦٢٣} ^{٦٢٤} ^{٦٢٥} ^{٦٢٦} ^{٦٢٧} ^{٦٢٨} ^{٦٢٩} ^{٦٣٠} ^{٦٣١} ^{٦٣٢} ^{٦٣٣} ^{٦٣٤} ^{٦٣٥} ^{٦٣٦} ^{٦٣٧} ^{٦٣٨} ^{٦٣٩} ^{٦٤٠} ^{٦٤١} ^{٦٤٢} ^{٦٤٣} ^{٦٤٤} ^{٦٤٥} ^{٦٤٦} ^{٦٤٧} ^{٦٤٨} ^{٦٤٩} ^{٦٥٠} ^{٦٥١} ^{٦٥٢} ^{٦٥٣} ^{٦٥٤} ^{٦٥٥} ^{٦٥٦} ^{٦٥٧} ^{٦٥٨} ^{٦٥٩} ^{٦٦٠} ^{٦٦١} ^{٦٦٢} ^{٦٦٣} ^{٦٦٤} ^{٦٦٥} ^{٦٦٦} ^{٦٦٧} ^{٦٦٨} ^{٦٦٩} ^{٦٧٠} ^{٦٧١} ^{٦٧٢} ^{٦٧٣} ^{٦٧٤} ^{٦٧٥} ^{٦٧٦} ^{٦٧٧} ^{٦٧٨} ^{٦٧٩} ^{٦٨٠} ^{٦٨١} ^{٦٨٢} ^{٦٨٣} ^{٦٨٤} ^{٦٨٥} ^{٦٨٦} ^{٦٨٧} ^{٦٨٨} ^{٦٨٩} ^{٦٩٠} ^{٦٩١} ^{٦٩٢} ^{٦٩٣} ^{٦٩٤} ^{٦٩٥} ^{٦٩٦} ^{٦٩٧} ^{٦٩٨} ^{٦٩٩} ^{٧٠٠} ^{٧٠١} ^{٧٠٢} ^{٧٠٣} ^{٧٠٤} ^{٧٠٥} ^{٧٠٦} ^{٧٠٧} ^{٧٠٨} ^{٧٠٩} ^{٧١٠} ^{٧١١} ^{٧١٢} ^{٧١٣} ^{٧١٤} ^{٧١٥} ^{٧١٦} ^{٧١٧} ^{٧١٨} ^{٧١٩} ^{٧٢٠} ^{٧٢١} ^{٧٢٢} ^{٧٢٣} ^{٧٢٤} ^{٧٢٥} ^{٧٢٦} ^{٧٢٧} ^{٧٢٨} ^{٧٢٩} ^{٧٣٠} ^{٧٣١} ^{٧٣٢} ^{٧٣٣} ^{٧٣٤} ^{٧٣٥} ^{٧٣٦} ^{٧٣٧} ^{٧٣٨} ^{٧٣٩} ^{٧٤٠} ^{٧٤١} ^{٧٤٢} ^{٧٤٣} ^{٧٤٤} ^{٧٤٥} ^{٧٤٦} ^{٧٤٧} ^{٧٤٨} ^{٧٤٩} ^{٧٥٠} ^{٧٥١} ^{٧٥٢} ^{٧٥٣} ^{٧٥٤} ^{٧٥٥} ^{٧٥٦} ^{٧٥٧} ^{٧٥٨} ^{٧٥٩} ^{٧٦٠} ^{٧٦١} ^{٧٦٢} ^{٧٦٣} ^{٧٦٤} ^{٧٦٥} ^{٧٦٦} ^{٧٦٧} ^{٧٦٨} ^{٧٦٩} ^{٧٧٠} ^{٧٧١} ^{٧٧٢} ^{٧٧٣} ^{٧٧٤} ^{٧٧٥} ^{٧٧٦} ^{٧٧٧} ^{٧٧٨} ^{٧٧٩} ^{٧٨٠} ^{٧٨١} ^{٧٨٢} ^{٧٨٣} ^{٧٨٤} ^{٧٨٥} ^{٧٨٦} ^{٧٨٧} ^{٧٨٨} ^{٧٨٩} ^{٧٩٠} ^{٧٩١} ^{٧٩٢} ^{٧٩٣} ^{٧٩٤} ^{٧٩٥} ^{٧٩٦} ^{٧٩٧} ^{٧٩٨} ^{٧٩٩} ^{٨٠٠} ^{٨٠١} ^{٨٠٢} ^{٨٠٣} ^{٨٠٤} ^{٨٠٥} ^{٨٠٦} ^{٨٠٧} ^{٨٠٨} ^{٨٠٩} ^{٨١٠} ^{٨١١} ^{٨١٢} ^{٨١٣} ^{٨١٤} ^{٨١٥} ^{٨١٦} ^{٨١٧} ^{٨١٨} ^{٨١٩} ^{٨٢٠} ^{٨٢١} ^{٨٢٢} ^{٨٢٣} ^{٨٢٤} ^{٨٢٥} ^{٨٢٦} ^{٨٢٧} ^{٨٢٨} ^{٨٢٩} ^{٨٣٠} ^{٨٣١} ^{٨٣٢} ^{٨٣٣} ^{٨٣٤} ^{٨٣٥} ^{٨٣٦} ^{٨٣٧} ^{٨٣٨} ^{٨٣٩} ^{٨٤٠} ^{٨٤١} ^{٨٤٢} ^{٨٤٣} ^{٨٤٤} ^{٨٤٥} ^{٨٤٦} ^{٨٤٧} ^{٨٤٨} ^{٨٤٩} ^{٨٥٠} ^{٨٥١} ^{٨٥٢} ^{٨٥٣} ^{٨٥٤} ^{٨٥٥} ^{٨٥٦} ^{٨٥٧} ^{٨٥٨} ^{٨٥٩} ^{٨٦٠} ^{٨٦١} ^{٨٦٢} ^{٨٦٣} ^{٨٦٤} ^{٨٦٥} ^{٨٦٦} ^{٨٦٧} ^{٨٦٨} ^{٨٦٩} ^{٨٧٠} ^{٨٧١} ^{٨٧٢} ^{٨٧٣} ^{٨٧٤} ^{٨٧٥} ^{٨٧٦} ^{٨٧٧} ^{٨٧٨} ^{٨٧٩} ^{٨٨٠} ^{٨٨١} ^{٨٨٢} ^{٨٨٣} ^{٨٨٤} ^{٨٨٥} ^{٨٨٦} ^{٨٨٧} ^{٨٨٨} ^{٨٨٩} ^{٨٩٠} ^{٨٩١} ^{٨٩٢} ^{٨٩٣} ^{٨٩٤} ^{٨٩٥} ^{٨٩٦} ^{٨٩٧} ^{٨٩٨} ^{٨٩٩} ^{٩٠٠} ^{٩٠١} ^{٩٠٢} ^{٩٠٣} ^{٩٠٤} ^{٩٠٥} ^{٩٠٦} ^{٩٠٧} ^{٩٠٨} ^{٩٠٩} ^{٩١٠} ^{٩١١} ^{٩١٢} ^{٩١٣} ^{٩١٤} ^{٩١٥} ^{٩١٦} ^{٩١٧} ^{٩١٨} ^{٩١٩} ^{٩٢٠} ^{٩٢١} ^{٩٢٢} ^{٩٢٣} ^{٩٢٤} ^{٩٢٥} ^{٩٢٦} ^{٩٢٧} ^{٩٢٨} ^{٩٢٩} ^{٩٣٠} ^{٩٣١} ^{٩٣٢} ^{٩٣٣} ^{٩٣٤} ^{٩٣٥} ^{٩٣٦} ^{٩٣٧} ^{٩٣٨} ^{٩٣٩} ^{٩٤٠} ^{٩٤١} ^{٩٤٢} ^{٩٤٣} ^{٩٤٤} ^{٩٤٥} ^{٩٤٦} ^{٩٤٧} ^{٩٤٨} ^{٩٤٩} ^{٩٥٠} ^{٩٥١} ^{٩٥٢} ^{٩٥٣} ^{٩٥٤} ^{٩٥٥} ^{٩٥٦} ^{٩٥٧} ^{٩٥٨} ^{٩٥٩} ^{٩٦٠} ^{٩٦١} ^{٩٦٢} ^{٩٦٣} ^{٩٦٤} ^{٩٦٥} ^{٩٦٦} ^{٩٦٧} ^{٩٦٨} ^{٩٦٩} ^{٩٧٠} ^{٩٧١} ^{٩٧٢} ^{٩٧٣} ^{٩٧٤} ^{٩٧٥} ^{٩٧٦} ^{٩٧٧} ^{٩٧٨} ^{٩٧٩} ^{٩٨٠} ^{٩٨١} ^{٩٨٢} ^{٩٨٣} ^{٩٨٤} ^{٩٨٥} ^{٩٨٦} ^{٩٨٧} ^{٩٨٨} ^{٩٨٩} ^{٩٩٠} ^{٩٩١} ^{٩٩٢} ^{٩٩٣} ^{٩٩٤} ^{٩٩٥} ^{٩٩٦} ^{٩٩٧} ^{٩٩٨} ^{٩٩٩} ^{١٠٠٠} ^{١٠٠١} ^{١٠٠٢} ^{١٠٠٣} ^{١٠٠٤} ^{١٠٠٥} ^{١٠٠٦} ^{١٠٠٧} ^{١٠٠٨} ^{١٠٠٩} ^{١٠١٠} ^{١٠١١} <

المخرج ويوزع الأدوار على الممثلين ، ويحقق في الاستوديو أو في أى مكان آخر المناظر المختلفة والمشاهد الطبيعية وغير الطبيعية والديكور اللازم لإخراج المصنف . ويقوم الممثلون كل بدوره تحت رقابة فعلية من المخرج ، وبلتقط الفوتوغرافى صور الممثلين . وهم يقومون بأدوارهم وسط المناظر والمشاهد والديكورات التى حققها المخرج . وبعد أن يتم تصوير الفيلم على هذا النحو ، يأتى مركب الفيلم (monteur) ليقوم بعملية التركيب (montage) . فيستعرض أشرطة الفيلم ليقص منها المعيب وما كان منها طويلاً أكثر من القدر المناسب وهذه هى عملية القص (découpage) ، وبالجملة يحقق للفيلم تنسيقه وتوازنه وطوله المناسب . وبعد أن يتم إنجاز الفيلم فى شكله النهائى ، تأتى عملية الترجمة أو الدوبلاج (doublage) ، فيقوم أحد المترجمين بترجمة المصنف من لغته الأصلية إلى لغة أو لغات أخرى حتى يصبح مفهوماً من أبناء هذه اللغات حين عرضه عليهم .

ونستبعد ، بعد استعراض هذه العمليات العديدة المتعاقبة ، أشخاصاً ثلاثة لا يعتبرون شركاء فى التأليف : (١) المصور الفوتوغرافى ، وكان يجوز اعتباره شريكاً بمقدار ما يعترف للمصور الفوتوغرافى من حق المؤلف على الصور التى يلتقطها ، ولكن القانون هنا لا يعتبره شريكاً ، فيقتصر إذن على تقاضى أجره . (٢) مركب الفيلم (monteur) ، وهو يقوم بعمل فى إعداد الفيلم لا يخلو من الابتكار ، وكان من حقه أن يكون شريكاً ، ولكن القانون لم يذكره بين الشركاء ، فيقتصر هو أيضاً على تقاضى أجره^(١) . (٣) المترجم أو القائم بعملية الدوبلاج ، وهذا لا يعتبر شريكاً فى المصنف ، ووضعه هو وضع المقتبس عن طريق الترجمة ، فتكون له حقوق المترجم لا حقوق الشريك . ويبقى بعد ذلك من يعتبرون شركاء فى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى وهم : (١) من قام بتحويل المصنف الأذنى . (٢) مؤلف السيناريو ، أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج الإذاعى أو التلفزيونى . (٣) مؤلف الحوار . (٤) واضع الموسيقى . (٥) المخرج ، والمفروض أنه بسط رقابة فعلية وقام

(١) دى فرنسا يعتبر مركب الفيلم شريكاً فى المصنف السينمائى (ديجا فى أنسيكلوبيدى

يعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف ، أما إذا اقتصر عمله على اختيار الممثلين وتوزيع أدوارهم وغير ذلك من الأعمال الروتينية فلا يعتبر شريكا . (٦) مؤلف المصنف الأصلي الذى اقتبس منه المصنف الذى أعد للإخراج ، وكان ينبغى ألا يكون هذا شريكا فى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى ، بل إن وضعه هو وضع صاحب المصنف الأصلي الذى يقتبس منه مصنف آخر ، فيكون له حكم آخر غير حكم الشريك ، وتطبق قواعد الاشتقاق (أى الاستئذان بمقابل) لا قواعد الاشتراك . ولكن المادة ٣١ سائلة الذكر جعلته فى الفقرة الأخيرة منها شريكا إمعانا فى توثيق صلته بالمصنف إذ قالت كما رأينا : « وإذا كان الصنف السينمائى أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون . مبسطا أو مستخرجا من مصنف آخر سابق عليه ، يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا فى المصنف الجديد^(١) .

وكان الواجب أن يضاف إلى هذه القائمة الممثلون (interprètes) ، ولكن القانون لم يذكرهم ضمن الشركاء فى المصنف . ولا شك فى أن الممثلين قاموا بدور هام جدا فى إخراج المصنف ، وكان يجب اعتبارهم شركاء فيه ، فلولاهم لم يكن لوجود الفيلم السينمائى^(٢) . وما داموا قد امتدعوا من أن يكونوا شركاء ، فلهم يقتصرون على قبض أجورهم ، وقد تكون أجورا عالية . ولهم ، وبخاصة البارزون منهم ، أن يشترطوا نسبة مئوية معينة من الأرباح التى يغلبها الفيلم ، ولكنهم يتقاضون هذه الأرباح لا باعتبارهم شركاء فى الفيلم ، بل باعتبارهم متنازلا إليهم عن هذه النسبة المئوية .

ويتولى هيئة الوسائل المادية اللازمة لإنتاج المصنف ، ويتكفل بنفقات ذلك ، المنتج (producteur) . فهو ، على ما نقول الفقرة الأولى من المادة ٣٤ سائلة الذكر ، « الذى يتولى تحقيق الشريط أو يتحمل مسئولية هذا التحقيق ، ويضع فى متناول مؤلف المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى الوسائل المادية والمالية الكفيلة بإنتاج المصنف وتحقيق إخراجه » .

(١) انظر فى هذا المعنى دييوا فقرة ١٩٦ - محمد على عريفة فقرة ٣٩٤ من ٥٥٣ - للنم فرج الصدة فقرة ٢١٢ ص ٣٠٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى دييوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ، لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٤١ .

ولكنه ، على هذا النحو ، لم يتم بأى عمل ابتكارى فى إخراج المصنف ، ومهمته مقصورة على تقديم الوسائل المادية والمالية اللازمة لإخراج المصنف . وأهم عمل له هو تمويل المصنف وتحمل مسئولية خسارته ، فمن العدل إذن أن يجنى أرباحه . ومن ثم لا يعتبر المنتج شريكاً فى المصنف^(١) ، ولكن يعتبر أنه هو دائماً ناشر المصنف ، فتكون له جميع حقوق الناشر على الشريط وعلى نسخه (م ٢/٣٤ سالفه الذكر) . وسرى أن الذى يقع عملاً هو أن للشركاء فى المصنف ينزلون له عن حق الاستغلال المالى فى نظير مقابل يتقاضونه منه ، فيصبح هو وحده الذى له حق استغلال الفيلم . ولكن مدة الحماية تحسب من تاريخ موت آخر من بقى حياً من هؤلاء الشركاء ، لا من تاريخ موت المنتج . ويترتب على أن يكون المنتج هو الناشر أنه يكون ، كما تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ سالفه الذكر ، « طول مدة استغلال الشريط المنق عليها نائباً عن مؤلفى المصنف السينمائى وعن خلفهم فى الاتفاق على عرض الشريط واستغلاله ، دون إخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية أو الموسيقية المكتسبة ، كل ذلك ما لم يتفق على خلافه » .

٢٠٢ — حقوق المؤلف الثابتة للشركاء فى المصنف السينمائى أو

الإذاعى أو التلفزيونى : ميزت الفقرة الأولى من المادة ٣٢ سالفه الذكر ، فى الشركاء فى المصنف ، بين فريقين . الفريق الأول هم من قام بوضع المصنف الأدبى أو قام بتحويله ، ومؤلف السيناريو ، ومؤلف الحوار ، والمخرج ، وللأعمال التى قام بها هؤلاء فى وضع المصنف — كما تقول المذكرة الإيضاحية — أهمية خاصة ، إذ يرجع إليهم الفضل فى تحقيق الفكرة الفنية ، والفريق الآخر هم واضع المصنف الأدبى الأصل الذى اقتبس منه المصنف المحور ، وواضع الموسيقى . وهذان — كما تقول المذكرة الإيضاحية أيضاً — دورهما مقصور على تحديد الخطوط الرئيسية العامة للمصنف . لذلك قضت المادة ٣٢ بأن يكون لأفراد الفريق الأول وحده ، مجتمعين ، الحق فى عرض المصنف السينمائى أو الإذاعى

(١) ونى فرنسا أيضاً لا يعتبر المنتج شريكاً فى المصنف السينمائى (ديبرا فى أنيكلريدى

دالوز ، نقتظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٢٥) .

أو التلغزيون ، ولو عارض في ذلك أفراد الفريق الثاني ، وذلك مع عدم
 ولاخلال بحقوق المعارض في نصيبه في استغلال المصنف وغير ذلك من الحقوق ،
 أفراد الفريق الأول شركاء لا يمكن فصل نصيب كل منهم عن أنصبة
 الآخرين (فيما عدا مؤلف المصنف المحور) ، ومن ثم يجب اتفاقهم جميعاً على
 استعمال حقوق المؤلف على النحو الذي بسطناه في المصنفات المشتركة التي
 لا يمكن فصل الأنصبة فيها^(١) . فإذا لم يتيسر الاتفاق ، حسمت المحكمة الابتدائية
 النزاع . وتحديد حصة كل منهم في المصنف المشترك يكون بحسب الاتفاق ،
 والذي يقع أن المنتج يتولى هذا التحديد في اتفاقه معهم على النزول له عن حق
 الاستغلال المالي . أما الفريق الآخر ، فمؤلف المصنف الأصلي وواضع الموسيقى
 شريكان في مصنف مشترك يمكن فصل نصيب كل منهما فيه ، وكذلك من بين
 أفراد الفريق الأول نفرد مؤلف المصنف المحور فهذا أيضاً نصيبه في المصنف
 المشترك يمكن فصله عن أنصبة الباقيين . فيشارك هؤلاء أولاً في المصنف المشترك
 بالحصص التي يتفق عليها ، ثم ينفرد كل منهم باستغلال مصنفه - المصنف الأصلي
 والمصنف المحور والموسيقى - بطريقة أخرى غير السينما أو الإذاعة اللاسلكية
 أو التلغزيون ، ما لم يشترط عليهم ألاّ حق لهم في هذا الاستغلال (م ٣٢/٢
 سالف الذكر) ، وشأنهم في ذلك شأن الشركاء في مصنف مشترك يمكن فيه
 فصل نصيب كل منهم عن أنصبة الآخرين^(٢) .

وفيما يتعلق بحق الاستغلال المالي بوجه خاص ، يقع عادة ، كما قدمنا ،
 أن يتفق كل هؤلاء الشركاء مع المنتج على النزول له عن هذا الحق في نظير
 مقابل يعطيه لكل منهم ، وقد يتفق بعض منهم معه على نسبة مئوية من الأرباح
 يتقاضاها . وهذا الاتفاق بين الشركاء والمنتج هو الذي يحدد حصة كل شريك
 في المصنف المشترك ، بحسب ما يتقاضاه من المقابل . ومن ثم يكون المنتج
 هو الناشر للمصنف المشترك كما قدمنا ، ويكون له حق الاستغلال المالي ،
 لا باعتباره شريكاً في المصنف ، بل باعتباره متازلاً له عن حق الاستغلال ،
 وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) انظر آفا فقرة ١٩٦ .

(٢) انظر آفا فقرة ١٩٦ .

أما الحق الأدبي على المصنف المشترك فيبقى للشركاء ، ولكن يرد عليه قيود ثلاثة :

(القيد الأول) الأصل أن كل شريك في تأليف المصنف له الحق في أن يطلب احترام ما قام به من عمل ، فلا تمتد إليه يد التغيير أو المسخ ، وله أن يعترض إذا وقع شيء من ذلك . غير أن أصول الفن ، وبخاصة الفن السينمائي ، لها مقتضيات . فتحويل رواية أو قصة أو مسرحية إلى فيلم سينمائي يقتضى تحويراً كبيراً يجب أن يراعيه كل شريك يساهم في عمل الفيلم ، وهناك فروق فنية كثيرة بين أصول الفن المسرحي وأصول الفن السينمائي . والمفروض أن كل شريك قد رضى مقدماً بأن يحور العمل الفني الذى قام به تحويراً يجعله ملائماً للاندماج في مجموع العمل الفني ، على النحو الذى تتطلبه أصول الفن السينمائي . وهذا قيد مفروض على الحق الأدبي لكل شريك في ألا يمس عمله دون إذنه ، وحدود هذا القيد هي كما قدمنا ما تقتضيه أصول الفن والقدر المتعارف بين أهل المهنة . وليس هذا القيد إلا توفيقاً بين مبدأين متعارضين ، فمن جهة لا يجوز أن يخضع الشريك لمحض تقدير المنتج فيغير هذا في عمله كما يشاء ، ومن جهة أخرى لا يجوز للشريك أن يعطل بمحض تقديره هو إنجاز العمل الفني المشترك ويجب عليه أن يقبل من التحوير في عمله ما تقتضيه الأصول الفنية المتعارف عليها^(١) . أما بعد إتمام عمل الفيلم نهائياً ، فإنه يجب احترام الحق الأدبي للشريك احتراماً تاماً ، فلا يجوز إدخال أى تعديل على عمله أو أى تحوير فيما أداه ، وشأن المنتج مع الشركاء في ذلك هو شأن الناشر مع المؤلفين . ومن ثم لا يجوز للمنتج ولا لصاحب صالة العرض أن يقص من الشريط ما يقدر أنه غير مناسب لأذواق الجماهير أو أنه أطول مما يجب ، دون إذن من الشريك الذى وقع مساس بعمله من جراء هذا التصرف . ولكن لا يجوز لأى شريك أن يعارض في تقديم الفيلم للمسابقة بدعوى أن الحكم في المسابقة لا يوثق به ، مادامت المسابقة جدية ، وما دام الفيلم قد عرض في المسابقة دون أى تغيير أو تحوير^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى ديبرا في أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art.

فقرة ٣٨٤ - فقرة ٣٨٥ .

(٢) ديبرا في أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٩٢

وفقرة ٣٩٤ .

(القيد الثاني) تنص المادة ٣٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :

« إذا امتنع أحد المشتركين في تأليف مصنف سينمائي أو مصنف معد للإذاعة أو التليفزيون عن القيام بإتمام ما يخصه من العمل ، فلا يترتب على ذلك منع باقي المشتركين من استعمال الجزء الذي أنجزه ، وذلك مع عدم الإخلال بما للممتنع من حقوق مرتبة على اشتراكه في التأليف (١) » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص : « وقد جاءت المادة ٣٣ بحكم تقتضيه أهمية المصنفات السينمائية وما ينفق في سبيلها من نفقات باهظة ، قد تذهب هباءً منثوراً عند أحد المشتركين في تأليف المصنف السينمائي عن إتمام ما يخصه من العمل ، فلا يترتب على ذلك منع باقي المشتركين من استعمال الجزء الذي تم ، مع عدم الإخلال بما للمؤلف هذا الجزء من حقوق » . ونرى من ذلك أن هناك قيداً ثانياً على الحق الأدبي للشريك ، فإن هذا الحق يقتضي في الأصل أن يكون للمؤلف حرية تقرير نشر مصنفه ، فإن اختار عدم نشره لم يجز نشره بالرغم من إرادته . وهنا نرى أن أحد الشركاء في المصنف لم يتم العمل الذي وكل إليه ، كأن كان موسيقياً ووضع الموسيقى لبعض مناظر الفيلم دون الباقي ، وكأن كان مؤلف السيناريو وضع السيناريو لبعض أقسام المسرحية دون الأقسام الأخرى . والقواعد العامة تقتضي ، في مثل هذه الأحوال ، أن يكون من اشترك في عمل الفيلم ولم ينجز عمله بخطأ منه مسئولاً إما مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية ، وعليه أن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي أحدثه . ولكن هل يجوز له ، بدعوى استعمال حقه الأدبي ، أن يعارض في استعمال الجزء الذي أنجزه ؟ يقرر النص سالف الذكر ألا حق له في المعارضة ، وعليه أن يسمح باستعمال الجزء الذي أنجزه في نظير مقابل يتقاضاه مناسب لهذا الجزء ، وإلا كان مسئلاً لاستعمال حقه الأدبي . ذلك أن العمل يكلف عادة نفقات باهظة ، فلا يجوز أن يعارض الشريك في استعمال الجزء الذي أنجزه ، فيضيع على المنتج نفقات قد تكون باهظة دون جدوى ، ودون أن يوجد عند الشريك مبرر لذلك . فيأخذ المنتج إذن الجزء الذي تم — الموسيقى التي تم وضعها أو السيناريو الذي سبق عمله — ويكملها بوساطة شركاء آخرين يقومون بإتمام العمل الناقص .

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٣ في المشروع الجديد .

والقيد الموضوع على الحق الأدنى هنا ، وهو إجبار الشريك على السماح باستعمال الجزء الذى أنجزه ، إنما هو مجرد تطبيق لمبدأ التعسف فى استعمال الحق ، إذ المفروض أنه لا يوجد لدى الشريك مبرر فى المعارضة فى استعمال هذا الجزء ، وليس فى المعارضة إلا إلحاق الأدنى بالمنتج . وبلا حظ أن استعمال الجزء الذى أنجز هو واجب على الشريك لا حق له ، فإذا رأى المنتج أن هذا الجزء لا فائدة فيه فله ألا يستعمله ولا يستطيع الشريك أن يجبره على ذلك ، بل يكون هذا الشريك مسئولاً عن التعويض على النحو الذى أسلفناه .

(القيد الثالث) تنص المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى :

« للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق فى إذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر ، وعلى مديرى هذه الأمكنة تمكين هذه الهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة . وعلى هذه الهيئات إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه وللمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف إذا كان لذلك مقتضى »^(١) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص : « وقد أباح المشروع للهيئات الرسمية المختصة إذاعة المصنفات عن طريق الإذاعة اللاسلكية ، وأوجب على مديرى المسارح أو أى مكان عام آخر تعرض فيه للمصنفات تمكين هذه الهيئات من اتخاذ الوسائل التى تكفل إذاعتها . وليس المقصود من هذا النص إنكار حقوق التأليف ، بل تغليب الصالح العام ورعاية جانب الثمافة العامة . فقد حفظ للمؤلف حقه فى تعويض عادل نظير إذاعة مصنفاته بهذه الوسيلة ، كما أوجب النص على الهيئات الرسمية إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف وتعويض مستغل المكان الذى يذاع منه المصنف إذا كان لذلك مقتضى » . والقيد هنا وارد على الحق الأدنى للمؤلف فى ألا ينشر مصنفه إلا إذا أراد ذلك وفى المكان الذى يريده ، ووارد أيضاً على الحق المالى للمؤلف أو للناسخ من عدم جواز نشر المصنف إلا بعد استئذان المؤلف أو الناسخ . ويرر وضع هذا التبريد المصلحة العامة ، فقد تقتضى هذه المصلحة ، لأغراض التثقيف أو لغيرها من أغراض فنية ، إذاعة مصنف — فيلم سينمائى أو مسرحية

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٥ فى المشروع الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع الجديد

قد أضاف لفظ « التثقيف » .

أو أغنية أو غير ذلك من المصنفات — على الجمهور في الإذاعة اللاسلكية . وقد يمنع المؤلف أو الناشر عن السماح بذلك ، إما تعتاقاً لشططاته في تقدير الأجر الذي يطلب تقاضيهِ . فالمصلحة العامة هنا تتغلب على المصلحة الخاصة للمؤلف أو الناشر ، وتبيح للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية أن تذيع المصنف دون إذن من المؤلف أو الناشر أو بالرغم من معارضتهما . ويجب على مديري الأمكنة العامة التي يعرض فيها المصنف — مديري المسارح وأصحاب صالات عرض الأفلام السينمائية ونحوهم — أن يمكنوا الهيئات الرسمية من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة . وتوفيقاً بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمؤلف أو الناشر ، يفرض القانون على الهيئات الرسمية عند استعمالها هذا الحق الاستثنائي التزامين : (١) دفع تعويض عادل ، يقدره القاضي عند الاختلاف ، للمؤلف أو خلفه أو الناشر وللمستغل المكان الذي يذاع منه المصنف ، إذا كان لذلك مقتض ولم يؤل المصنف إلى الملك العام . (٢) إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، وفي ذلك مراعاة لحق المؤلف الأدبي من وجوب نسبة مصنفه إليه .

٢٠٣ — ٤ . الصور والذين تمثلهم هذه الصور : وقد قدمنا (١) أنه لا يوجد هنا مصنف مشترك ، ولكن يوجد شخص غير المؤلف ثبت له على المصنف حقوق معينة . تنص المادة ٣٦ من قانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد على ما يأتي : « لا يحق لمن قام بعمل صورة أن يعرض أو ينشر أو يوزع أصل الصورة أو نسخاً منها دون إذن الأشخاص الذين قام بتصويرهم ، ما لم يتفق على غير ذلك . ولا يسرى هذا الحكم إذا كان نشر الصورة قد تم بمناسبة حوادث وقعت علناً ، أو كانت تتعلق برجال رسميين أو أشخاص يتمتعون بشهرة عامة ، أو سمحت بها السلطات العامة لخدمة للصالح العام . ومع ذلك لا يجوز في الحالة السابقة عرض صورة أو تداولها ، إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذي تمثله أو بسمعته أو بوقاره . وللشخص الذي تمثله الصورة أن يأذن بنشرها في الصحف والمجلات وغيرها من النشرات المماثلة ، حتى ولو لم يسمح بذلك المصور ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك .

وتسرى هذه الأحكام على الصور أيا كانت الطريقة التي عملت بها ، من رسم أو حفر أو وسيلة أخرى^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص : « عرضت المادة ٣٦ لبيان الحكم في حالة النزاع بين من قام بعمل الصورة والشخص الذي تمثله هذه الصورة بشأن عرض أو نشر أو توزيع أصل الصورة أو نسخ منها ، فقضت بأن صاحب الصورة هو وحده دون "صور صاحب الحق في الإذن بنشرها في الصحف والمجلات وغيرها ، وأن صاحب الصورة له الحق في الإذن بالنشر حتى ولو لم يأذن بذلك المصور ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك . كما علق حق المصور في عرض ونشر وتوزيع الصورة أو نسخ منها على إذن الأشخاص الذين تمثلهم الصورة . واستثنت من هذا الحكم حالة نشر الصورة لمناسبة حوادث وقعت علانية ، أو إذا كانت لرجال رسميين أو ذوى شهرة عامة ، وكذلك إذا كانت السلطات العامة قد أذنت بنشر الصورة لغرض اقتضاه الصالح العام . على أنه لا يجوز في هذه الأحوال عرض الصورة أو تداولها ، إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذي تمثله أو بسمعته أو بوقاره . وسوت الفقرة الأخيرة من هذه المادة في الحكم بين جميع الصور مهما اختلفت وسائلها ، من رسم أو حفر أو نحت أو غيرها » .

والأصل أن المصور له حق المؤلف على الصورة التي عملها ، سواء كان عمل الصورة عن طريق الفوتوغرافيا أو التصوير أو الرسم أو النحت (تمثال) أو الحفر أو غير ذلك من الوسائل ، وقد تقدم بيان ذلك^(٢) . ومقتضى أن له حق المؤلف أن يكون هو وحده الذي يحق له عرض الصورة أو نشرها أو توزيعها ، أصلاً ونسخاً . ولكن يقيد من هذا الحق ، إذا كانت الصورة لإنسان ، أن الصورة تمثل شخصاً قد تكون عنده أسباب وجيهة في عدم نشر الصورة ، وهذه الأسباب متروكة لمحضر تنديده . لذلك لا يجوز للمصور أن ينشر الصورة أو نسخها منها دون ترخيص من صاحب الصورة ، إما باتفاق سابق أو إذن لاحق^(٣) . على أنه يجوز للمصور أن ينشر الصورة دون ترخيص

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٦ في المشروع الجديد .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٧٨ - فقرة ١٨٢ .

(٣) ويفرض في الموديلات (النساء العرايا) الذين يمثلون لتصوير ويتقاضون أجراً على -

من صاحبها ، إذا كان النشر قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا كما إذا نشر صاحب الجريدة أو المجلة صورة محاضر في مناسبة أنه أتى محاضرة علنية . أو كانت الصورة تتعلق برجال رسميين ، كما إذا نشرت صورة رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو أحد الوزراء أو أحد رجال البرلمان أو غيرهم من الرجال الرسميين في الصحف والمجلات في مناسبة حادث وقع لهم أو عمل صدر منهم أو في مناسبة خلقتها الصحفي بنفسه . أو كانت الصورة تتعلق بأشخاص يتمتعون بشهرة عامة ، كما إذا نشرت الصحف والمجلات صورة عالم مشهور في مناسبة اختراع كشفه أو كتاب نشره . أو سمحت بنشر الصورة السلطات العامة خدمة للصالح العام ، كما إذا نشرت الصحف بإذن من السلطات العامة صورة منهم مخفف يطلب البحث عنه والقبض عليه . ويلاحظ أنه ، فيما عدا الفرض الأخير ، حيث تغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، لا يجوز نشر الصورة بغير إذن صاحبها إذا ترتب على النشر مساس بشرف الشخص الذي تمثله أو بسمعته أو بوقاره ، كما إذا نشرت الصحف خبر جريمة وقعت على العرض أو السمعة أو الوقار ونشرت في الوقت ذاته صورة الشخص الذي وقعت عليه الجريمة .

أما صاحب الصورة نفسه فله أن يأذن في نشرها في الصحف والمجلات وغيرها من النشرات الماثلة ، حتى لو عارض المصور في ذلك بحجة أنه هو وحده صاحب الحق في النشر . ذلك أن هناك حقين على الصورة ، حق المصور (أى المؤلف) وحق صاحب الصورة . والحق الأخير يتغلب على الحق الأول ، ولذلك لا يجوز للمصور فى الأصل أن ينشر الصورة دون إذن صاحبها ، ويجوز لصاحب الصورة أن ينشرها دون إذن المصور . ومع ذلك يجوز للمصور أن يتفق مع صاحب الصورة على أنه لا يجوز نشر الصورة إلا بإذن من المصور ، أو على أنه يجوز لأى منهما نشر الصورة دون إذن الآخر .

= ذلك ، أنهم أذروا مقدما فى نشر صورهم (ديبوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢١١ - فقرة ٢١٤) .

الفرع الثاني

حقوق المؤلف وطرق حمايتها

المبحث الأول

حقوق المؤلف

٢٠٤ - الحق المالى والحق الأدبى : تنص المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه ، وفى تعيين طريقة هذا النشر . وله وحده الحق فى استغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه^(١) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « لم يعن المشروع كما سبق القول بتعريف الطبيعة القانونية لحق المؤلف ، إلا أنه لم يغفل استظهار حق المؤلف الأدبى وحقه المادى على مصنفه . فبين أن للمؤلف دون سواه الحق فى تقرير نشر مصنفه وفى تحديد طريقة هذا النشر ... وحق المؤلف المادى أو المالى هو حقه فى استغلال مصنفاته على أية صورة من صور الاستغلال ... وجاء فى صدر المذكرة الإيضاحية أيضاً ما يأتى : « ثم إن حق المؤلف يتناول ناحية أدبية بحتة ، تخول للمؤلف وحده حق تقرير نشره مصنفه على الجمهور ونسبته إلى نفسه وصحبه من التداول وإلزام الغير باحترام مصنفه فلا يجوز للغير أن يجرى فيه بالإضافة أو الحذف أو التحوير ، وذلك كله رغم النزول عن المصنف ، وهذا ما يعبر عنه بالحق الأدبى (droit moral) ، كما أن حق المؤلف يتناول أيضاً ناحية مادية إذا ما قرر المؤلف نشر مصنفه يجعل هذا الحق يدخل فى ذمته المالية ، وهو ما يعبر عنه بالحق المادى (droit pécuniaire) . لذلك قال البعض بأن للمؤلف حقين منفصلين مستقلين كلا منهما عن الآخر ، وتلك هى نظرية الازدواج (système dualiste) . وقد لاقت هذه النظرية نجاحاً ، لأنها تبدو وسيلة لتفسير المظاهر

(١) يطابق هذا النص المادة ٥ فى المشروع الجديد .

المشبكة لحق المؤلف . وقال البعض الآخر إن حق المؤلف لا يمكن أن ينقسم ، كما أنه لا يدخل في ذمته المالية ، لأن مصدر الإيراد في استغلال المصنف هو المصنف ذاته ، وهو مظهر شخصية المؤلف لا ينفصل عنها . وليس هذا الإيراد إلا كمثل أرباح السهم تدخل في ذمة المؤلف المالية ، إلا أن حقه على الأرباح هو حقه على المصنف ذاته ، وتلك هي نظرية الوحدة (système unitaire) . ولما كانت نظرية الوحدة تربط حق المؤلف بشخصيته ، وتنزع عن هذا الحق صفة الاحتكار المادى وتغلب ناحيته الأدبية ، فإن الأخذ بهذه النظرية يفيد جمهرة المؤلفين ، ويضحي بمصلحة المتعاملين معهم وأحيانا بمصلحة الجماعة ، إذ يصبح من المتعذر إخضاع مثل هذا الحق وقد امتزج بشخصية صاحبه لاستيلاء الدولة مثلا . وقد روي في المشروع المطروح لهذه الاعتبارات عدم التقيد بنظرية معينة ، وعدم إيراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، على أن يترك ذلك لاجتهاد القضاء ورجال الفقه ، وخاصة وإن مثل هذه النظريات تخضع لتطور دائم متصل بتطور الجماعة الإنسانية ذاتها ، فحيث تعلو النظرية الفردية أو تفتقر أو تتخذ الإنسانية مبادئ مغايرة في تأسيس نظمها الاجتماعية وتنظيم علاقة الفرد بالمجتمع وتقدير أثر كل منهما على الآخر ، يميل المشروع أو يصدف عن مشايعة نظرية دون أخرى . ومع ذلك فقد عني المشروع بإيراد حق المؤلف في صورته المعنوية والأدبية وكذلك في صورته للمادية ، مراعى في كل ذلك اعتبارين أساسيين لا يمكن إغفالهما ، وهما حماية النشاط الفكرى للإنسان وتأمين مصلحة الدولة .

ونرى مما تقدم أن هناك مذهبين فقهيين ، مذهب وحدة حق المؤلف ومذهب ازدواج هذا الحق .

أما أنصار مذهب وحدة حق المؤلف ، فيقولون إن الحق الأدبي والحق المالى للمؤلف ليسا حقين مستقلين أحدهما عن الآخر ، بل هما جانبان مختلفان من حق واحد . فليس للمؤلف إلا حق واحد على مصنفه ، هو الحق المستمد من صنعه إياه . وهذا الحق الواحد له جانب أدبي (moral) وجانب مالى (pécunisière, patrimonial) ، وكل من الجانبين يؤثر في الجانب الآخر ويتأثر به . وليس هذا الحق الواحد هو من حقوق الشخصية المحضة ، إذ هو منفصل عن شخص المؤلف ، ولا يظهر إلا حيث يتجسد في شكل

معين من كتابة أو كلام أو رسم أو لحن أو غير ذلك ، فينفصل عن شخص مؤلفه ويعد للنشر . فالمصنف إذن له ذاتية منفصلة عن ذاتية المؤلف ، وحق المؤلف محله هو هذا المصنف ذاته وليس ذاتية المؤلف . ولهذا الحق وجهان . فهو تارة تكون له قيمة مالية عند نشر المصنف ، فيكون للمؤلف وحده حق استغلاله والتعاقد مع أحد الناشرين على هذا الاستغلال أو استغلاله مباشرة بنفسه . وعند ذلك يصبح حق المؤلف حقوقاً مالية ، ويصبح هذا الحق مع قيامه على محل غير مادي ذا قيمة مادية (droit pécuniaire, patrimonial) . وهو طوراً يتمثل حقاً على المصنف الذى هو نتاج فكر المؤلف ، فيكون للمؤلف حق دفع الاعتداء عن نتاج فكره ، بل إن له حق تعديله وحق منحه ، وعندئذ يصبح الحق حقاً أدبياً (droit moral) . فيتهدى حق المؤلف إلى أن يكون حقاً غير مادي وإن كان له جانب مالى ، نظيره فى ذلك حق ولاية الأب ، فإن هذا الحق أيضاً غير مادي وله جانب مالى هو حق الأب فى الانتفاع بمال ولده^(١) .

والصحيح أن مذهب ازدواج حق المؤلف هو المذهب الذى يتلاءم مع طبيعة الحق وتكييفه القانونى . فالقول بأن حق المؤلف حق واحد - جانبان فيه لإغفال الحقيقة واضحة ، هى أن هذين الجانبين يمثلان أحدهما عن الآخر اختلافاً جوهرياً فى طبيعة كل منهما وفى الأحكام التى تسرى على كل جانب . فالجانب المالى من حق المؤلف هو حق مستقل قائم بذاته ، له طبيعته الخاصة . فهو ، كما قدمنا^(٢) ، حق عيني أصلى ، وهو مال منقول . أما الجانب الأدبى من حق المؤلف ، فهو ليس بحق عيني ، وليس بمال أصلاً . بل هو حق من حقوق الشخصية ، مثله فى ذلك مثل حق الأبوة ، وكما أن الأب له حق الأبوة على ابنه ، كذلك المؤلف له حق الأبوة على مصنفه . ثم إن الحق المالى للمؤلف يختلف عن حقه الأدبى فى الأحكام التى تسرى على كل من الحقين . فالحق المالى يجوز الزول عنه ، وهو حق مؤقت ينقضى بعد مدة معينة من موت

(١) انظر من هذا الرأى پلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٤٧٦ - Nast فى تعليقه

على حكم محكمة باريس فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ - ١٨٦

عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٤ ص ٣١٢ - ص ٣١٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٦ .

المؤلف . أما الحق الأدبي فعلى النقيض من ذلك حق لا يجوز الزول عنه . وهو حق دائم ينتقل بالميراث ويبقى حتى بعد انقضاء مدة الحماية التي منحها القانون للحق المالى . فقيم إذن القول بأن هذين الحقين اللذين يختلفان إلى هذا الحد ، فى الطبيعة وفى الأحكام ، ليسا إلا جانبين لحق واحد ! وإذا كان لابد من التشبيه بحقوق مناظرة ، فالحق المناظر لحق المؤلف ليس هو حق ولاية الأب كما يقول أنصار الوحدة ، بل هو حق الأبوة ، فقد قدمنا أن للمؤلف حق أبوة على مصنفه ، والمصنف فى وضع يناظر تماما وضع الولد من أبيه . وكما أن حق الأبوة هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية ويقترب به حق مادي مستقل عنه هو حق الإرث وحق النفقة ، كذلك الحق الأدبي للمؤلف هو من حقوق الشخصية ويقترب به حق مادي مستقل عنه هو حق الاستغلال المادي .

فنحن إذن ، للاعتبارات التى قدمناها ، من أنصار مذهب الازدواج واستقلال الحق المالى عن الحق الأدبي^(١) . ولما كان الحق المالى للمؤلف هو الحق البارز فى التعامل ، فنبدأ به . وهو حق يدوم طول حياة المؤلف ، ثم ينتقل إلى ورثته من بعده فيبقى فى ذمتهم المالية مدة أخرى حددها القانون . فتعالج إذن مسائل ثلاثا : (١) الحق المالى فى أثناء حياة المؤلف . (٢) الحق المالى بعد موت المؤلف . (٣) الحق الأدبي للمؤلف .

المطلب الأول

الحق المالى فى أثناء حياة المؤلف

٢٠٥ - نطاق الحق المالى وجواز التصرف فيه : قدمنا^(٢) أن المادة

(١) انظر من هذا الرأى : نقض فرنسى ١٦ أغسطس سنة ١٨٨٠ سيرة ٨١ - ١ - ١٥ مع تعليق ليون كان - ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥ مع تعليق كولان - ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ - ٢٨٥ مع تعليق دييوا - هيبوا فى أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥١ .

وانظر من هذا الرأى فى الفقه المصرى : شفيق شحاتة فقرة ١٦٢ - فقرة ١٦٣ - محمد على عرفة فقرة ٣٧٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٩٠ (والمدخل لقانون الخاص فقرة ٢٦٦) - حسن كيرة فى أصول القانون فقرة ٢٥٦ ص ٦٤٩ و فقرة ٢٥٩ - إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥٨ وص ٧٣ - منصور عسطل منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٧٦ .
(٢) انظر أدنا فقرة ٢٠٤ .

٢/٥ من قانون حماية حق المؤلف تقضى بأن للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه (١) . وتنص المادة ٦ من نفس القانون على ما يأتي : « يتضمن حق المؤلف في الاستغلال : (أولا) نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة ، وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ، أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعها في مكان عام . (ثانيا) نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المحسنة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي (٢) » . وتقضى المادة ٣٧ من نفس القانون ، كما سنرى ، بأن للمؤلف أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المتقدمة الذكر .

ويتبين من ذلك أن نطاق الحق المالي للمؤلف يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بنسخ صور منه ونشرها وهذا هو الغالب ، كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلني . وللمؤلف

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حق استغلال المصنف ماليا هو للمؤلف وحده ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه . وللمؤلف وحده أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها ، وأن يحدد في هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه عنه من هذه الحقوق . ومقتضى ذلك أن المؤلف حر في أن يميز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه من يشاء ، وفي أن يسكت على الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص ، ولا يسكت عليه إذا تكرر من نفس المعتدي أو وقع من غيره ، وذلك دون أن يعتبر سكوته في المرة الأولى مانعا له من مباشرة حقه في دفع الاعتداء في المرة الثانية مادام هذا الحق قائما ولما ينقض (نقض مدني ٧ يولييه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ ص ٦٠٢) .

(٢) يطابق هذا النص المادة ٦ في المشروع الجديد ، مطابقة تامة في المعنى ومطابقة تكاد تكون تامة في اللفظ .

أن يتصرف في حقه المالى للغير ، ويكون ذلك عادة عن طريق عقد النشر .
فهناك مسائل ثلاث : (١) النشر أو نسخ نماذج أو صور للمصنف
(النقل غير المباشر للجمهور) . (٢) الأداء العلنى (النقل المباشر للجمهور) .
(٣) تصرف المؤلف في حقه المالى .

§ ١- النشر أو نسخ نماذج أو صور للمصنف (النقل غير المباشر للجمهور)

٢٠٦ - مضمونه من النشر : للمؤلف حق نشر مصنفه ، بنفسه أو بواسطة غيره ، وذلك عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر . ويكون ذلك بنسخ نماذج أو صور للمصنف تكون في متناول الجمهور ، فيجوز لأى فرد أن يحصل على نسخة من المصنف ، بمقابل كما هي العادة أو بغير مقابل كما يقع أحيانا . ولا يجوز لغير المؤلف ، دون إذن كتابى من المؤلف - ويعطى الإذن عادة عن طريق عقد النشر - أن ينشر المصنف على هذا النحو .

وللنشر ، على الوجه الذى بسطناه ، وسائل مختلفة . وتتصل به رخص وإباحات لا تدخل في مضمونه ، ومن ثم يجوز للغير ، ولو بدون إذن المؤلف ومن غير مقابل ، مباشرة هذه الرخص والإباحات . ويمتد حق النشر ، ليس فحسب إلى نسخ صور من المصنف مطابقة للأصل ، بل أيضاً إلى الاشتقاق من المصنف عن طريق الشرح والتعليق والتحويل والتحويل والترجمة وغير ذلك من طرق الاشتقاق .

فهناك مسائل ثلاث تتعلق بحق النشر : (١) الوسائل المختلفة للنشر .
(٢) الرخص والإباحات التى لا تدخل في مضمون حق النشر . (٣) مشتقات المصنف الأصيل التى تدخل في مضمون حق النشر .

٢٠٧ - الوسائل المختلفة للنشر : تقول المادة ٦ (ثانياً) سائلة الذكر بأن النشر يكون بنقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب في قوالب أو بأية طريقة

أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي^(١) . وواضح من العبارات المتقدمة أن الوسائل التي وردت في النص ليست مذكورة على سبيل الحصر ، بل هي على سبيل التمثيل .

وأول وسيلة للنشر وردت في النص هي طريق الطباعة . ذلك أن الطباعة هي الطريق العادي للنشر في المصنفات الأدبية والعلمية ، بل إن اختراع المطبعة هو الذي هيا لحق المؤلف في الظهور كما سبق القول^(٢) . فبالطباعة يمكن إعداد عدد كبير من النسخ ، يصل إلى الألوف بل إلى مئات الألوف ، للمصنف الأدبي أو العلمي . ويستطيع المؤلف ، عن طريق بيع هذه النسخ للجمهور بنفسه أو بواسطة غيره (كناشر) ، أن يحصل على مبلغ من المال يمثل حتمه المالي في استغلال مصنفه . وإعداد نسخ من المصنف لا يشترط فيه حتما حتى يكون خاضعا لحق النشر أن يكون بطريق المطبعة ، بل يجوز أن يكون بطرق أخرى ، كالنسخ باليد والنسخ بالآلة الكاتبة ، والنسخ بطريق التصوير الفوتوغرافي والميكرو فيلم ، والنسخ بطريق الاختزال (sténographie) ، والنسخ بطريقة Braille لمكفري النظر .

وإعداد نسخ من المصنفات الفنية ، كالصور والتماثيل والرسوم والزخارف ، يكون عادة بالطرق الأخرى التي وردت في النص ، وهي الرسم والحفر والتصوير الفوتوغرافي والميكرو فيلم والصب في قوالب وأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة .

بني طريقان ذكرهما النص ، وهما النشر السينمائي والنشر الفوتوغرافي . وهذان الطريقان يصلحان لنشر المصنفات المسرحية والروايات والقصص بعد تحويلها إلى مسرحيات فيما يتعلق بالنشر السينمائي ولنشر المصنفات الموسيقية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد : « وحق المؤلف المادي أو المالي هو حقه في استغلال مصنفاته على أية صورة من صور الاستغلال ، ويتم هذا الاستغلال عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر أو غير مباشر ... أما النقل غير المباشر ، فيتم عن طريق نسخ المصنف بواسطة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب في قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي . ويسمى حق النقل غير المباشر حق عمل نماذج من المصنف » .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٧ .

والمسرحيات الغنائية فيما يتعلق بالنشر الفوتوغرافي . وتسجيل الصوت في الاسطوانات الفوتوغرافية هو بمثابة طبع نسخ من المصنف ، فيعتبر من قبيل النشر عن طريق نسخ صور من المصنف أى من قبيل نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة ، لا من قبيل الأداء العلني وهو نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة مباشرة . ومثل التسجيل في الاسطوانات الفوتوغرافية التقاط المناظر في الأفلام السينمائية ، سواء كانت الأفلام صامتة أو ناطقة ، فكلا الطريقتين هو من قبيل نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة .

يضاف إلى الطرق المتقدمة طريق لم يرد ذكره في القانون بين طرق نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة ، وهذا الطريق هو طريق التسجيل اللاسلكي (enregistrement radiophonique) والتلفزيوني . وقد ذكر القانون ، كما رأينا ، الإذاعة اللاسلكية بين طرق الأداء العلني المباشر ، ولكنه لم يذكر التسجيل اللاسلكي والتلفزيوني بين طرق النقل إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة .

ويلاحظ أخيراً أنه يمكن القول بأن من حصل على نسخة من مصنف ، سواء حصل عليها من المؤلف أو من الناشر ، بمقابل أو بغير مقابل ، من غير أن تنتقل إليه حقوق النشر ، لا يجوز له استعمال هذه النسخة إلا لمنفعته الشخصية ولمنفعة من يارز به من ذويه . فله أن يقرأ نسخة الكتاب التي اشتراها وأن يشاهد الفيلم الذي استأجره وأن يسمع الأسطوانة التي حصل عليها ، وله أن يعير الكتاب أو الفيلم أو الأسطوانة لبعض أصدقائه ، وأن يبيعها فيكون للمشتري نفس الحقوق التي للبائع . ولكن ليس له أن يباشر على النسخة حقوق المؤلف أو الناشر لأن هذه الحقوق لم تنتقل إليه كما قدمنا ، فليس له أن يذيع الأسطوانة على الجمهور بطريقة الأداء العلني^(١) ، ولا أن يعرض الفيلم على الجمهور في صالة من صالات العرض^(٢) .

(١) استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٢) ولكن هذا الحكم يختلف فيه ، فهناك من يرى أنه حتى يحق للمؤلف أن يمنع مشتري الأسطوانة مثلاً من إذاعتها على الجمهور ، يجب عليه أن يجعل الناشر - أى بائع الأسطوانة - يشترط ذلك صراحة على المشتري لنقله المؤلف ، فتجرب أحكام الاشتراط لمصلحة الغير . أما أن يكون للمؤلف هذا الحق دون اشتراط ، فهذا يقتضي أن يكون للمؤلف حق لم ينص عليه القانون ، =

٢٠٨ - الرخص والإباحات التي لا تدخل في مضمونه النشر : وقد أورد قانون حماية حق المؤلف سلسلة من الرخص والإباحات لا تدخل في مضمون حق النشر ، فتجوز مباشرتها دون إذن المؤلف ودون مقابل ، ونعرض لها على الترتيب الآتي : (أولا) النقل للاستعمال الشخصي . (ثانيا) النشر على سبيل الإخبار . (ثالثا) النقل لتأييد ما هو منشور أو للمناقشة والنقد^(١) .

٢٠٩ - أولا - النقل للاستعمال الشخصي : تنص المادة ١٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « إذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصي ، فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك »^(٢) . والمفروض هنا أن شخصا استعار مثلا نسخة من مصنف أدبي أو علمي أو فني أو موسيقي ، ولما كان لا يريد أو لا يستطيع الحصول على هذه النسخة ملكا له ، فقد لجأ إلى نسخ صورة منها بأية طريقة من طرق النسخ - خط اليد أو الآلة الكاتبة أو الفوتوغرافيا أو التسجيل بالنسبة إلى الاسطوانات والأفلام أو غير ذلك - دون أن يقصد نشر ما نسخه إذ ليس له حق النشر دون إذن المؤلف . وإنما قصد استعمال النسخة التي نقلها استعمالا شخصيا ، فتحل محل النسخة التي استعارها بعد أن يرد هذه لصاحبها . وهذه رخصة أباحها القانون بنص صريح كما نرى ، إذ الناقل هنا لم يعتد على حق النشر الثابت للمؤلف فهو لا يقصد نشر النسخة التي نقلها على الجمهور كما قدمنا ، وإنما قصد أن يقصر هذه النسخة على استعماله الشخصي . وهو بعمله هذا لم يضع على المؤلف أو الناشر إلا ثمن نسخة واحدة ، وهذه خسارة هينة إلى جنب ما للهيئة الاجتماعية من حق « في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري ، فلا تحول

= وحقوق المؤلف محصورة فيما نص عليه القانون (انظر في هذه المسألة ديويو في أنيكلوبيدي دالورز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٩٢ ، ديويو فقرة ٤٣٢ وما بعدها) .

(١) وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد : « جاء المشروع بقيود على حق المؤلف يملئها الصالح العام ، لأن للهيئة الاجتماعية حقا في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري . فلا تحول دون بلوغ هذه أنغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ، ذلك لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات » .

(٢) يطابق النص المادة ١٢ في المشروع الجديد ، مطابقة تامة في المعنى ، ويكاد يكون مطابقا له في اللفظ .

دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ، ذلك لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات» (المذكرة الإيضاحية) . ويلاحظ أنه بالنسبة إلى المصنفات الفنية يكون مفهوم الاستعمال الشخصي أضيق منه في المصنفات الأدبية والعلمية والموسيقية ، فغير مسموح دون إذن المؤلف أن ينقل الشخص نسخة من صورة أو تمثال إلا لغرض الدرس والبحث الفني . أما إذا كان النسخ لغرض الحصول على نسخة من المصنف الفني للاستمتاع بها والاستحواذ عليها كمصنف فني يستعيز به عن الأصل الذي نقل عنه ، فهذا لا يجوز (١) .

وتنص المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه في اجتماع عائلي أو في جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، مادام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالي . ولموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق في إيقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف ، مادام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالي » (٢) . وظاهر أن استعمال المصنف في اجتماعات خاصة كالتى أشار إليها النص ، أو في الفرق الموسيقية التابعة للأشخاص العامة ، هو من قبيل الاستعمال الشخصي ، مع شئ من التوسع في مفهوم هذا الاستعمال . فلا يستطيع المؤلف

(١) دييوا في أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٨٤ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومن القيود الواردة على حق المؤلف ما نصت عليه المادة ١١ فقرة أولى من حق الغير في إيقاع المصنفات أو تمثيلها أو إلقائها في اجتماعات خاصة ، كالا اجتماعات العائلية واجتماعات الجمعيات أو المنتديات أو المدارس ، دون تعويض للمؤلف . وكذلك ما نصت عليه المادة المذكورة في فقرتها الثانية من حق فرق موسيقى القوات العسكرية ولما في حكمها من الفرق النظامية التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى في إيقاع المصنفات الموسيقية ، دون تعويض للمؤلف أيضاً ، مادام لا يحصل في الحالتين رسم أو مقابل مالي من جمهور المستمعين » .

ويقابل النص المادة ١١ في المشروع الجديد . والنصان متطابقان في المعنى ، ويكادان يكونان متطابقين في اللفظ . وذلك فيما عدا أن المشروع الجديد استثنى صراحة من فرق الموسيقى الرسمية « فرق الإذاعة اللاسلكية والتلفزيون » فهذه لها حكم خاص نصت عليه المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف فيما قدمناه (انظر آنفاً فقرة ٢٠٢ . وانظر كذلك المادة ٣٥ من المشروع الجديد) .

إذن ، بعد أن ينشر مصنفه . أن يمنع من إيقاعه إذا كان مصنفاً موسيقياً ، أو من تمثيله إذا كان مصنفاً مسرحياً ، أو من إلقائه إذا كان مصنفاً أدبياً شعراً كان أو نثراً ، إذا كان ذلك يقع في اجتماعات خاصة لا يتقاضى فيها رسم أو مقابل ، وذلك كالأجتماعات العائلية أو الجمعيات الأدبية أو الرياضية أو النوادي الخاصة أو الحفلات المدرسية . ذلك أن هذه الاجتماعات الخاصة تخدم في العادة الآداب والفنون والموسيقى ، ولا تتقاضى أجراً عن خدماتها ، فوجب تشجيعها بمنحها الحق في أداء مصنف قد سبق نشره ، وذلك عن طريق الأداء العلني بالإيقاع أو التمثيل أو الإلقاء . ويلاحظ أن الرخصة هنا تناول الأداء العلني دون النشر (١) .

ويلحق بالاجتماعات الخاصة ، وإن كان في هذا أيضاً شيء من التوسع ، الفرق الموسيقية التابعة للقوات المسلحة ، والتابعة للدولة بوجه عام أو للأشخاص العامة الأخرى كالمليديات . فلهذه الفرق الموسيقية ، دون إذن المؤلف أو الناشر ودون مقابل ، إيقاع المصنفات الموسيقية المنشورة بشرط ألا تتقاضى رسماً أو مقابلاً عن ذلك . ويستثنى من هذه الفرق الموسيقية الهيئات الرسمية المنوطة بها الإذاعة اللاسلكية والتلفزيونية ، فهذه هيئات تخترف فيما تخترف إذاعة الموسيقى . ولذلك وجب أن تدفع أجراً للمؤلف أو الناشر عما تذيعه منها ، وأن تحصل على الإذن في الإذاعة . ولكن فيما يتعلق بالمصنفات التي توقع أو تعرض في المسارح أو في أي مكان عام آخر ، قلنا أن المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف تجعل الحق لهذه الهيئات في إذاعة هذه المصنفات ، ولو بغير موافقة المؤلف أو الناشر ، بشرط أن تدفع تعويضاً عادلاً للمؤلف أو الناشر وللمستغل

(١) وقد قضت محكمة النقض بالآلا تلازم بين صفة المكان وصفة الاجتماع من حيث الخصوصية والعمومية ، إذ قد يقام حفل عام في مكان خاص ، كما قد يحصل العكس فيؤجر مكان عام لمقعد اجتماع خاص . وإذا كان ما سجله الحكم المطعون فيه من أن النادي كان يعلن عن حفلاته بنشرات عديدة في الصحف اليومية ، ويذكر فيها أن الدخول مباح مقابل مبالغ محدده كرسوم دخول ، فإن هذه الوقائع تضمن على الحفلات صفة الاستغلال التجاري وتناهي به عن صفة الخصوصية . إذ يشترط لإضفاء هذا الوصف على الحفلات التي تحييها الجمعيات والمنتديات الخاصة أن يقتصر الحضور فيها على الأعضاء ومدعوهم من تربطهم بهم صلة وثيقة ، وأن تفرض رقابة على الدخول ، وأن تنجرّد هذه الحفلات من قصد الربح المادي مما يقتضي عدم تحصيل رسوم أو مقابل مالي نظير مشاهدتها (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٣٦ من ٢٢٧) .

المكان الذى يذاع منه المصنف ، وبشرط أن تذيع اسم المؤلف وعنوان المصنف ، وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (١) .

٢١٠ - ثانياً - النشر على سبيل الإخبار : تنص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يجوز ، دون إذن المؤلف ، أن ينشر ويذاع ، على سبيل الإخبار ، الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والإدارية والاجتماعات العلمية والأدبية الفنية والسياسية والاجتماعية والدينية ، ما دامت هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث موجهة إلى العامة . ويجوز أيضاً ، دون إذن منه ، نشر ما يأتى من مرافعات قضائية علنية فى حدود القانون ، . وهنا يكون النشر عادة عن طريق الصحف والمجلات والنشرات الدورية والإذاعة اللاسلكية والتلفزيون ، وما إلى ذلك من طرق النشر المختلفة . وظاهر أن النشر إنما هو على سبيل الإخبار ، فالقصد أن يطلع الجمهور على خطب ومحاضرات وأحاديث ألفت علناً ، وهى ثمم الجمهور لأنها ألفت فى هيئات تشريعية أو إدارية أو فى اجتماعات أدبية أو اجتماعية أو فنية أو دينية أو سياسية . والصحافة ووسائل الإعلام الأخرى لا تقوم بمهمتها كاملة إذا هى أغفلت نشر هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث . ومن ثم يجب أن تمكن من ذلك ، بأن يباح لها النشر ، دون حاجة إلى إذن من ألقوا هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث ، ودون أن يتقاضى هؤلاء أى مقابل على ذلك ، وبحسبهم أن النشر يساعد على انتشار أفكارهم بين الجمهور . ويسرى هذا الحكم ، وللاعتبارات نفسها ، على المرافعات القضائية العلنية ، ما دام نشرها لا يخالف القانون .

(١) انظر أننا فقرة ٢٠٢ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « وأخيراً فقد أجازت المادة ١٥ نشر وإذاعة ما يلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية أو الإدارية أو فى الاجتماعات العلمية ، والأدبية والفنية والسياسية والدينية ، من خطب أو محاضرات أو أحاديث ، ما دامت موجهة إلى الكافة ، وكذلك المرافعات القضائية العلنية فى حدود القانون ، وذلك كله دون إذن من المؤلف . »

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٥ . والنصان متطابقان تطابقاً تاماً فى المعنى ، ومتطابقاً يكاد يكون تاماً فى اللفظ .

وتنص المادة ١٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يجوز للصحف أو للنشرات الدورية أن تنقل المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والدوريات الأخرى ، دون موافقة مؤلفها . ولكن يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبسة أو مختصرة أو بيانا موجزا عن المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص ، بغير إذن من مؤلفها . وبغير انقضاء المدة المنصوص عليها بالمادة الثامنة من هذا القانون . ويجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل رأى العام فى وقت معين ، ما دام لم يرد فى الصحيفة ما يحظر النقل صراحة . ولا تشمل الحماية المقررة فى هذا القانون الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التى لها طبيعة الأخبار العادية . ويجب دائما : فى حالة النقل أو نشر اقتباس أو غيره مما ذكر بالفقرات السابقة ، ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه » (١) . ويؤخذ من هذا النص أن هناك أشياء لا يجوز للصحيفة نقلها عن صحيفة أخرى إلا بإذن المؤلف ، وأشياء يجوز نقلها دون حاجة لإذن المؤلف . أما الأشياء التى لا يجوز نقلها إلا بإذن المؤلف ، فهى المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة . ذلك أن هذه الأشياء لا تحمل طابع الخبر اليومي وليست مما يشغل

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « ومن هذه القيود أيضاً حق الجرائد أو المجلات أو النشرات الدورية فى نقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل رأى العام فى وقت معين ، ما دام لم ينص صراحة على حظر النقل (م ١٤ / ٣) . ومن الطبيعي ألا تشمل الحماية أيضاً الأخبار اليومية والحوادث التى لها طبيعة الأخبار العادية (م ١٤ / ٤) ... ولم يغفل المشروع فى كافة هذه الصور رعاية الحق الأدبى للمؤلف ، فأوجب ذكر اسمه والمصدر الذى ينقل عنه على صورة واضحة ، كما حفظ للمؤلف حقه الخالص فى نشر مجموعات خطبه أو مقالاته (م ١٦) . وقد حرص المشروع ، رعاية لحق المؤلف ، على أن ينص على عدم جواز نقل المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والنشرات الدورية الأخرى دون إذن المؤلف (م ١٤ / ١) » .

ويتأهل النص فى المشروع الجديد المادة ١٤ . والنصان متطابقان فى المعنى ويكادان يتطابقان فى اللفظ ، إلا أن المشروع الجديد قدم الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ على الفقرة السابقة لها ، فجعل بذلك ذكر المصدر واسم المؤلف غير واجب فى نقل الأخبار اليومية والحوادث التى لها طبيعة لأخبار العادية .

الرأى العام فى وقت معين ، ويغلب أن تكون الصحيفة التى نشرتها قد دفعت للمؤلف مقابلا لها ، فلا يجوز لصحيفة أخرى أن تنتقلها عنها دون استئذان ودون مقابل . وأما الأشياء التى يجوز نقلها دون إذن ودون مقابل ، فهى ما يأتى : (١) الأخبار اليومية والحوادث التى لها طبيعة الأخبار العادية ، فهذه أخبار تفقد أهميتها بمجرد نشرها فى أول صحيفة ، فإذا نقلتها صحيفة أخرى وذكرت المصدر الذى نقلت عنه ، لم يكن فى هذا ضرر يصيب الصحيفة الأولى ، بل فيه تنويه بشأنها^(١) . (٢) المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل الرأى العام فى وقت معين ، ما لم يرد فى الصحيفة ما يحظر النقل صراحة . ذاك أن هذه المقالات تشغل الرأى العام ، فهم الجمهور أن تنشر على أوسع نطاق حتى يطلع عليها . فإذا نقلتها صحيفة عن أخرى وذكرت المصدر الذى نقلت عنه ، فلا ضرر على الصحيفة الأخرى ، لا سيما أن القانون أعطى الصحيفة الأخرى الحق فى أن تحظر النقل صراحة إذا رأت ذلك فيمتنع عندئذ النقل . (٣) مقتبسات أو بيانات موجزة من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص ، سواء كانت منشورة فى صحف أو نشرات دورية أو كانت منشورة على حدة مستقلة بذاتها ، فهذه مجرد مقتبسات موجزة لا تغنى عن قراءة الأصل ، بل هى تمنىز على قراءة الأصل إذ تعرف الجمهور بهذه المصنفات فتروج ويتسع نطاق نشرها . ويسرى هذا الحكم أيضاً على المصنفات الأجنبية ، إذا اقتبست الصحيفة منها بياناً موجزاً باللغة العربية ،

(١) قارن محمد على عرفة فقرة ٣٨٧- وانظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٠٢- شفيق شحاته فقرة ١٦٦ ويقول : « وكذلك الأخبار والمعلومات العادية التى تنشرها الصحف لا تدخل فى عداد المؤلفات التى يحميها القانون ، فإنه لا يوجد هنا ابتكار أو خلق ، ولذلك تستطيع الجرائد الأخرى نقل هذه الأخبار بلا أدنى حرج . ولكن يلاحظ بالنسبة إلى البرقيات التى يبعث بها مراسلو الصحيفة فى عواصم البلاد أنه لا يجوز للصحف الأخرى نقلها إلا إذا مضى على نشرها فترة من الزمن بحيث تعتبر هذه البرقيات بعددا من المعلومات الشائعة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز لصحيفة مصرية أن تنشر البرقيات التى تلقتها صحيفة صياحية صدرت قبل الصحيفة المصرية . أما إذا نقلت جريدة صياحية عن جريدة مصرية صدرت قبلها فى اليوم السابق ، فإن للفترة التى تفصل بين صدور الجريدتين لا تعتبر كافية لذيوع الخبر . والفترة يجب أن تكون أطول من ذلك إذا كانت الصحيفة التى تنقل الخبر تصدر بلغة أخرى غير اللغة التى نشر بها الخبر لأول مرة (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٣٦٤ ص ١٤٢) .

حتى لو لم تخضع مدة الخمس السنوات التي يترجم في خلالها المصنف إلى اللغة العربية طبقاً للمادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما سئرى . وفي هذه الصور الثلاث التي قدمناها والتي يجوز فيها النقل دون إذن المؤلف ، رأينا أن الحق الأدبي للمؤلف بقي مرعياً ، إذ يجب عند النقل ذكر اسم المؤلف والمصدر الذي ينقل عنه على وجه واضح .

وتنص المادة ١٦ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين (م ١٤ وم ١٥) ، يكون للمؤلف وحده الحق في نشر مجموعات خطبه أو مقالاته ،^(١) . وقد رأينا أن المادتين ١٤ و ١٥ المشار إليهما تبيحان . بشروط معينة ، نقل الخطب والمحاضرات والأحاديث والأخبار والمقالات والمقتبسات . وهذه الإباحة لا تعني بطبيعة الحال أن تنشر الصحيفة مجموعات خطب المؤلف أو مقالاته ، فهذا النشر من حق المؤلف وحده ، ليس فحسب بالنسبة إلى الصحيفة التي نقلت الخطب والمقالات من صحيفة أخرى ، بل أيضاً بالنسبة إلى هذه الصحيفة الأخرى نفسها .

٢١١ - ثالثاً - النقل لتأييد ما هو منشور أو للمناقشة والنقد :

هذه الحالة الثالثة يختلف الغرض من النشر عنه في الحالتين السابقتين . ففي الأولى كان النشر يستهدف استعمال المصنف استعمالاً شخصياً أو استعمالاً في اجتماعات خاصة ، فكان المقصود بالنشر هو المصنف ذاته بغرض استعماله . وفي الحالة الثانية كان النشر يستهدف إعلام الناس بالمصنف ، فكان المقصود بالنشر هنا أيضاً هو المصنف ذاته بغرض الإخبار عنه . أما في الحالة الثالثة التي نحن بصدددها . فالمقصود بالنشر ليس هو المصنف ذاته لاستعماله أو للإخبار عنه : بل المقصود هو تقييم المصنف ، فإذا كان الناقل مقرأ بعلو قيمته احتج به لتأييد ما ينشره هو من قوله ، وإذا كان المصنف محلاً للمناقشة نقده الناقل لإظهار مزاياه وعيوبه . .

ففي صورة الاجتماع بالمصنف لتأييد ما ينشره الناقل من قوله ، تنص

(١) يقابل هذا النص في المشروع الجديد المادة ١٦ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان

يتطابقان لفظاً

المادة ١٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « في الكتب الدراسية وفي كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون يباح : (ا) نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها . (ب) نقل المصنفات التي سبق نشرها في الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفونوغرافية ، بشرط أن يقصر النقل على ما يلزم لتوضيح المکتوب . ويجب في جميع الأحوال أن يذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين »^(١) . وأول ما يرد على البال من الكتب التي تنقل عن غيرها لتأييد ما ورد فيها هي الكتب المدرسية . فكثيراً ما يستمد واضعو هذه الكتب ما يكتبونه من المصنفات التي سبق نشرها في الموضوعات التي تعرض لها هذه الكتب . ولا يجوز للنقل أن يورد مقتبسات طويلة من مصنف سبق نشره ، ولكن يجوز له ، تأييداً لما يذهب إليه فيما يكتبه ، نقل مقتطفات قصيرة يدعم بها ما يقول ، وذلك دون حاجة إلى الحصول على إذن المؤلف أو دفع مقابل له . وهذا هو الشأن أيضاً في غير الكتب المدرسية من كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون والموسيقى وغير ذلك من ألوان المعرفة ، فيجوز في كل هذا ، دون حاجة إلى إذن المؤلف ودون مقابل ، نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها على الوجه الذي بيناه . وفيما يتعلق بالمصنفات الفنية التي سبق نشرها ، يقع الاقتباس عادة بنقل جزء من المصنف ذاته ، رسماً تخطيطياً كان أو رسماً مجسماً أو رسماً فوتوغرافياً ، ويشترط أن يقتصر النقل على ما هو ضروري لتوضيح ما قصد الناقل أن يوضحه مستنداً في ذلك إلى المصنف المنقول عنه^(٢) . ولما كان المؤلف المنقول عنه في الأحوال التي ذكرناها لا حاجة إلى استئذانه في النقل ولا يتقاضى مقابلاً كما قدمنا ، فلا أقل

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « كما أباحت المادة ١٧ نقل مقتطفات قصيرة من بعض المصنفات إلى الكتب المعدة للتعليم ومؤلفات النقد والتاريخ والمصنفات العلمية ، على أن يلتزم حد الاعتدال فيما ينقل » .
ويقابل النص في المشروع الجديد المادة ١٧ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظاً .

(٢) ديبورا في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٩٧ - وفيما يتعلق بفن المهار يجوز ، دون إذن ، رسم أو تصوير المشيدات العامة القائمة في الطرق العامة هل مشهد من الجمهور .

من رعاية حق المؤلف الأدبي . ولذلك أوجب النص أن يذكر الناقل في وضوح عند النقل المصدر الذي نقل عنه واسم المؤلف .

وفي صورة مناقشة المصنف ونقده ، تنص المادة ١٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « لا يجوز للمؤلف . بعد نشر المصنف ، حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة ، إذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الإخبار ، ما دامت تشير إلى المصنف واسم المؤلف إن كان معروفاً^(١) . وهنا يقتصر الناقل على تحليلات أو اقتباسات قصيرة من مصنف سبق نشره ، ويكون المقصد من النقل هو تقييم المصنف عن طريق مناقشته ونقده وإظهار مزاياه وعيوبه . وقد يكون المقصد أيضاً الإخبار عن المصنف أو التثقيف . ولكن هذا قد ورد فيما قدمناه^(٢) . ومن أجل ذلك ، وتيسيراً للنقد الأدبي والعلمي وهو ضروري لتوثيق الثقافة ودعمها على أسس مستقرة ، أجاز للناقد ، توضيحاً لنقده ، أن ينقل عن المصنف اقتباسات قصيرة بالقدر الذي يقتضيه التوضيح ، وذلك دون حاجة إلى استئذان المؤلف ودون مقابل . وبديهي أن الناقد ، وهو ينقل هذه الاقتباسات القصيرة ، يشير حتماً إلى المصنف المنقول عنه وإلى اسم المؤلف : مادام المصنف ومؤلفه هما موضوع النقد .

٢١٢ — مستقات المصنف الأصلي التي تدخل في مضمونه هو النشر :

تنص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه . وله وحده الحق في ترجمته إلى لغة أخرى . ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك ، أو أن يباشر صورة أخرى من الصور المنصوص عليها في المادة الثالثة ، إلا بإذن كتابي منه أو بمن يخلفه » . وتنص المادة ٨ من نفس القانون على ما يأتي : « تنتهي حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية ، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه

(١) يقابل هذا النص في المشروع الجديد المادة ١٣ . والنصان متطابقان مئى ، ويكادان يتطابقان لفظاً .

(٢) انظر م ٢/١٤ وانظر آتفاقرة ٢١٠ . وانظر م ١٥ من قانون حماية حق المؤلف وقد سبق شرحها في الفقرة نفسها .

أو بواسطة غيره في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم^(١).

وقد قدمنا^(٢) أن هناك مصنفات مشتقة من المصنف الأصلي بحسبها القانون كما يحمي المصنف الأصلي . ولكن القانون في الوقت ذاته يحمي المصنف الأصلي من هذه المصنفات المشتقة إذا قام بعملها مؤلف آخر غير مؤلف المصنف الأصلي . ذلك أن اشتقاق مصنف من المصنف الأصلي هو من حق مؤلف المصنف الأصلي وحده ، ولا يجوز لغيره القيام به دون إذن كتابي منه . وصور الاشتقاق المذكورة في المادتين ٣ و ٤ من قانون حماية حق المؤلف ، وقد سبق تفصيل ذلك^(٣) . ونقتصر هنا على أن نذكر أن أهم صور الاشتقاق هي جمع مختارات من المصنف الأصلي متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أي مجهود شخصي^(٤) ، وإعادة إظهار المصنف الأصلي مع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في خصوص المادة ٨ ما يأتي : « فقد نصت المادة الثامنة على انتهاء الحماية المقررة للمؤلف ولحق ترجمته إلى لغة أجنبية بالنسبة لحقهما في ترجمة المصنف إلى اللغة العربية ، إذا مضت خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم دون أن يباشر المؤلف أو المترجم بنفسهما أو بواسطة غيرها ترجمة المصنف إلى اللغة العربية . وفي هذا القيد الزمى تغليب الصالح العام المصري على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحسنه على مباشرة هذه الترجمة في أقرب وقت معقول ورعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار التفكير الإنساني في مختلف الأمم المختلفة الأخرى لمدة طويلة » .

ويقابل المادتان ٧ و ٨ من قانون حماية حق المؤلف المادتين ٧ و ٨ في المشروع الجديد ، ولا خلاف بين هذه النصوص في المعنى ، وإن وقع الخلاف في اللفظ . فقد جرت المادة ٧ من المشروع الجديد على الوجه الآتي : « للمؤلف إدخال ما يرى من التعديل أو التحويل على مصنفه ، وله ولمن يخلفه أن يعهد إلى غيره بأن يباشر ذلك أو أية صورة من الصور المنصوص عليها في المادة ٣ . ويقع باطلا كل قيد على حقه في التعديل أو التحويل » . وجرت المادة ٨ من المشروع الجديد على الوجه الآتي : « للمؤلف الحق في ترجمة مصنفه إلى لغة أخرى ، ولا يجوز لنبيه أن يباشر ذلك إلا بإذن كتابي منه أو بمن يخلفه . ومع ذلك إذا كان المصنف موضوعا بلغة أجنبية ، فتنهى حتما حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة هذا المصنف إلى اللغة العربية بمضي خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم دون أن يباشر المؤلف أو المترجم خلاله حقه في الترجمة إلى اللغة العربية » .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٧٣ وما بعدها .

(٣) انظر آتفا فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٧ .

(٤) انظر آتفا فقرة ١٧٤ في آخرها .

شرحه أو التعليق عليه أو بعد مراجعته وتنقيحه^(١) ، وتلخيص المصنف الأصلي أو تحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر كتحويل الرواية أو القصة إلى مسرحية أو تحويل المسرحية إلى فيلم سينمائي^(٢) ، وترجمة المصنف من لغته الأصلية إلى لغة أخرى^(٣) .

فجميع هذه الصور من الاشتقاق هي من حق مؤلف المصنف الأصلي وحده كما قد رتبنا . وإذا أقدم عليها أحد غيره . وجب على هذا أن يحصل على إذن كتابي من مؤلف المصنف الأصلي . ويقع ذلك عادة في صورة اتفاق قريب من عقد النشر ، وفي نظير مقابل يتقاضاه المؤلف الأصلي . فإذا ما أصبح حق الاشتقاق ثابتاً لشخص غير المؤلف الأصلي على النحو الذي ذكرناه ، فإن هذا الشخص بعد أن يقوم بوضع المصنف المشتق : من مختارات أو شرح أو تعليق أو مراجعة أو تنقيح أو تلخيص أو تحويل أو ترجمة . يكون له على هذا المصنف المشتق حقوق المؤلف بدوره . فلا يجوز لأحد نقله أو الاشتقاق منه دون أن يستأذنه هو وصاحب المصنف الأصلي معاً ، وقد تقدم بيان ذلك^(٤) . ولما كانت ترجمة المصنف الأصلي هي اشتقاق من هذا المصنف كما قدمنا ، فإن الاشتقاق من هذا الاشتقاق ، أي ترجمة الترجمة ، يخضع هو أيضاً لإذن مؤلف المصنف الأصلي .

ونقف قليلاً عند ترجمة المصنف الأصلي لأهميتها ، والترجمة نوع من أنواع الاشتقاق يحمي منها القانون ثم يحميها كما سبق القول . والذي يعنينا هنا هو حماية المصنف الأصلي من الترجمة ، فنقتصر على هذا الجانب . فإذا وضع مصنف باللغة العربية ، لم يجوز لأحد ترجمته إلى لغة أجنبية دون إذن المؤلف طوال مدة الحماية . وكذلك إذا وضع مصنف بلغة أجنبية ، لم يجوز لأحد ترجمته إلى لغة أجنبية أخرى دون إذن المؤلف طوال مدة الحماية . أما ترجمته إلى اللغة العربية ، ففيه تفصيل . وترجمة المصنف الأصلي إلى اللغة العربية يكون إما بترجمته مباشرة وهو في لغته الأصلية إلى اللغة العربية . أو بترجمته بطريق غير

(١) انظر آفا فقرة ٢٧٥ .

(٢) انظر آفا فقرة ١٧٦ .

(٣) انظر آفا فقرة ١٧٧ .

(٤) انظر آفا فقرة ١٧٤ - ١٧٧ .

مباشر إذا كان المصنف الأصلي قد ترجم إلى لغة أجنبية أخرى ، فيعتمد المترجم العربى إلى ترجمة هذه الترجمة . ويقع ذلك عادة إذا كان المترجم العربى لا يعرف اللغة الأجنبية الأصلية التى كتب بها المصنف الأصلي ، ويعرف اللغة الأجنبية الأخرى التى ترجم إليها المصنف . وفى الحالتين يحى القانون المصنف الأصلي من الترجمة : يحى مؤلف المصنف الأصلي كما يحى من ترجم هذا المصنف الأصلي إلى لغة أجنبية أخرى . ولكن هذه الحماية لا تقوم طوال مدتها المقررة فى القانون إلا بعد استيفاء شرط هام ، هو أن يقوم المؤلف أو المترجم ، أو شخص آخر بأذنان له فى ذلك . بترجمة المصنف إلى اللغة العربية فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم (م ٨ من قانون حماية حق المؤلف وقد سبق ذكرها) . فعلى صاحب المصنف الأصلي ، وكذلك على مترجم المصنف الأصلي إلى لغة أجنبية أخرى ، إذا أراد أى منهما أن يحى مصنفه أو يحى ترجمته من الترجمة إلى اللغة العربية ، أن يقوم هو ، أو يقوم أحد غيره باتفاق معه ، بترجمة المصنف أو ترجمة الترجمة إلى اللغة العربية فى خلال المدة القصيرة التى سبق ذكرها (خمس سنوات) . فإذا فعل ذلك ، لم يجوز لأحد أن يعيد ترجمة المصنف ، أو ترجمة الترجمة ، إلى اللغة العربية مرة أخرى إلا بعد استئذان كل من المؤلف الأصلي ومترجم المصنف إلى لغة أجنبية طوال مدة الحماية القانونية ، وهى خمسون سنة من وقت موت أى من المؤلف الأصلي والمترجم . ولا حاجة لاستئذان المترجم العربى الأول ، لأن ترجمته العربية لم تكن محل اعتبار المترجم العربى التالى له إلا إذا كان هذا قد انتحلها أو انتحل الكثير منها . أما إذا بقى المصنف الأصلي ، وكذلك ترجمته إلى اللغة الأجنبية الأخرى ، دون ترجمة إلى اللغة العربية مدة خمس السنوات السابق ذكرها ، فقد قدمنا أن ترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية تصبح مباحة لأي مترجم عربى ، دون حاجة لاستئذان أحد ، ودون أى مقابل . وقد قصد بهذه الأحكام تيسير ترجمة المصنفات الأجنبية إلى اللغة العربية ، بل وحفز أصحاب هذه المصنفات الأجنبية إلى المبادرة إلى ترجمتها إلى اللغة العربية حتى تحى حماية كاملة . فكثير من المصنفات الأجنبية يحتاج إليها القارئ العربى الذى لا يعرف لغة المصنف الأجنبية كما تحتاج المكتبة العربية بوجه عام إلى التزود من ثمار العقل البشرى فى الأمم المختلفة . وعلى هذا النحو تغلب المشرع المصرى

على مشكلة ترجمة المصنفات الأجنبية . ودعى المشكلة التى وقفت عقبة مدة طويلة تحول دون صدور قانون حماية حق المؤلف (١) .

§ ٢ - الأداء العلنى

(النقل المباشر للجمهور)

٢١٣ - **ماهو الأداء العلنى** : قدمنا أن نطاق الحق المالى للمؤلف . كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بعمل نماذج أو نسخ من المصنف ونشرها . يتناول أيضاً نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلنى . وقد رأينا (٢) أن المادة ٦ من قانون حماية حق المؤلف تنص على أن « يتضمن حق المؤلف في الاستغلال : (أولاً) نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة . وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الإذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما . أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التليفزيون بعد وضعهما في مكان عام - (ثانياً) ... » . فنقل المصنف نقلاً مباشراً إلى الجمهور عن طريق الأداء العلنى من حق المؤلف وحده . ولا يجوز لأحد غيره مباشرة بغير إذن كتابى (م ٢/٥ من قانون حماية حق المؤلف) . وفى نظير مقابل يتقاضاه المؤلف من الغير أو بغير مقابل . ويستوى في ذلك أن يكون الأداء العلنى ذاته بمقابل يتقاضاه الغير من الجمهور . أو بغير مقابل . فنبحث إذن في الأداء العلنى وسائل الأداء ونقف قليلاً عند الأداء بطريق الراديو والتلفزيون : والأداء بطريق السينما والفونوغراف (٣) . ثم نبحث علنية الأداء ، ومجانبة الأداء بالنسبة إلى الجمهور .

٢١٤ - **وسائل الأداء** : هذه الوسائل المذكورة . كما رأينا . على مبدل

(١) انظر فيما تقدم ما سبق بيانه آنفاً فقرة ١٧٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

(٣) والفونوغراف غير وارد في النص ، ولكن ما ورد في النص من مذكور عن نقل

المصنف كما قدمنا .

التمثيل لا على سبيل الحصر ، في المادة السادسة ماثمة الذكر . فيكون نقل المصنف مباشرة إلى الجمهور عادة بطريق التلاوة العلنية للكلام . إذا كان المصنف من المصنفات الأدبية أو العلمية ، شعراً كان أو نثراً . ويكون بطريق التمثيل المسرحي ، للمسرحيات على اختلاف أنواعها . ويكون بطريق التوقيع المرسى للصوت . في المصنفات الموسيقية . ويكون بطريق العرض العلني ، للصور وغيرها من المصنفات الفنية . ويكون بواسطة الفانوس السحري ، لمشاهد مختلفة . ويكون بواسطة السينما ، للمسرحيات والموسيقى وغير ذلك مما يذاع بطريق السينما . ويكون بواسطة الإذاعة اللاسلكية والتلفزيون ، للكلام والموسيقى والمسرحيات وغير ذلك مما يذاع بهذين الطريقتين ، حتى لو نقلت الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما في مكان عام .

فنقل المصنف مباشرة إلى الجمهور يكون بالصوت البشري أو بالآلة ، أما نقله إلى الجمهور بطريق غير مباشر فيكون بعمل نسخ منه ونشرها على الجمهور .

٢١٥ - الأداء بطريق الراديو والتلفزيون : يجوز أن يقع الأداء العلني بطريق الراديو والتلفزيون ، ويجب عند ذلك استئذان المؤلف أو من انتقلت إليه حقوقه ، ولهذا أن يتقاضى أجراً في مقابل ذلك .

ونحن هنا لانعرض للأشرطة المسجلة وإذاعتها بطريق الراديو والتلفزيون ، فإن تسجيل هذه الأشرطة يدخل في مضمون حق النشر أي نقل المصنف بطريق غير مباشر إلى الجمهور عن طريق نسخ صور منه ، وقد سبق الكلام في ذلك^(١) . وإنما نعرض هنا للأداء مباشرة عن طريق الراديو أو التلفزيون ، أي أن المؤدى يوجه تأديته للجمهور مباشرة (في الهواء كما يقال) ، فتنتقل تأديته في الحال عن طريق أجهزة الراديو أو التلفزيون إلى المستمعين للراديو أو المشاهدين للتلفزيون .

وهذا الأداء المباشر للجمهور له أحوال ثلاث :

(الحالة الأولى) أن يقوم المؤدى بالتأدية في الاستوديو ، وهو مكان

(١) انظر آتفا فقرة ٢٠٧ .

مقتضى نقل لا علانية فيه . ولذلك لا يكون الأداء في ذاته علنياً .
إلى الجمهور عن طريق الأجهزة يصبح علنياً . وحقه المصلحة من المؤلف
فحق المؤلف في الأداء العلني يتعلق هنا . لا بالأداء نفسه ، بل بجهة نقل
الجمهور . ومن ثم يجب استثنائه . وله أن يتقاضى أجراً على ذلك .

(الحالة الثانية) أن يقوم المؤدى بالتأدية ، لا في أستوديو مقفل لا علانية
فيه . بل في مكان عام يحتشد فيه الجمهور فيسمع ويرى . وفي الوقت نفسه
ينتقل الأداء بطريق الأجهزة إلى جمهور آخر غير الجمهور الذي احتشد في
المكان العام الذي حصل فيه الأداء العلني ، وهذا الجمهور الآخر هو الذي ،
في أماكنه الخاصة من منازل ومكاتب ونحوها . يستمع إلى جهاز الراديو أو
يشاهد لوحة التلفزيون . ويقع ذلك عادة عندما يقوم أحد المغنين بالغناء
في مكان عام يذهب إليه الجمهور لسماع الغناء ، أو عندما يقوم الممثلون
بالتمثيل في مسرح عام يذهب إليه الجمهور لمشاهدة التمثيل ، وفي الوقت الذي
يقع فيه الغناء والتمثيل يذاع هذا وذاك عن طريق الراديو أو التلفزيون . بحيث
ينتقل الغناء إلى عدد كبير من الناس يبقون في أماكنهم الخاصة وكل منهم
يستمع إلى الراديو أو يشاهد التلفزيون . وللمؤلف في هذه الحالة حقان : حقه
في الأداء العلني الذي وقع في المكان العام واحتشد فيه الجمهور ، وحقه
في نقل الأداء العلني بطريق الراديو أو التلفزيون إلى عدد كبير آخر من الناس
غير الجمهور الذي احتشد في المكان العام . ومن ثم يكون للمؤلف أن يأخذ
أجراً عن كل من الحقين . وأن يجمع بين الأجرين .

(الحالة الثالثة) وهي كالحالة الثانية من حيث إن المؤدى يؤدي في مكان
عام يحتشد فيه الجمهور ، ولكن هنا في هذه الحالة الثالثة يوجد جمهور آخر
احتشد في مكان عام آخر ، قد يكون مقهى أو فندقاً أو مطعماً ، وضع فيه
صاحبه مكبراً للصوت أو لوحة للتلفزيون لنقل الأداء وقت وقوعه في المكان
العام الأصلي إلى جمهور المحتشدين عنده في مكانه هو . وذلك اجتذاباً
منه لعملاء . وفي هذا المعنى تقول المادة ٦ من قانون حماية حق المؤلف
كما رأينا . . . أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة
لوحة التلفزيون بعد وضعهما في مكان عام . والفرق بين الحالة الثانية
والحالة الثالثة ، هو أنه في الحالة الثانية يوجد جمهور احتشد في مكان عام

يسمع ويشاهد المؤدى ، يوجد إلى جانب هذا الجمهور المحتشد أفراد من الناس متفرقون في أماكنهم الخاصة كل منهم يسمع ويشاهد من طريق جهازه الخاص ، أما في الحالة الثالثة فيوجد جمهور احتشد في مكان عام يسمع ويشاهد المؤدى ويوجد إلى جانب هذا الجمهور المحتشد جمهور آخر محتشد في مكان عام آخر يسمع هو أيضاً ويشاهد المؤدى في نفس الوقت . وعلى ذلك يكون للمؤلف في الحالة الثالثة ، كما هو الأمر في الحالة الثانية ، حقان : حق في الأداء العلني في المكان العام الأصلي ، وحق في الأداء العلني في الأماكن العامة الأخرى التي ينتقل إليها الأداء عن طريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون . وله أجر على كل من الحقين ، ويجمع بين الأجرين . بل يجوز أن تجتمع الحالة الثانية مع الحالة الثالثة ، فيقوم المؤدى بالأداء في مكان عام ، وينقل أداؤه في الأماكن الخاصة على النحو الذي رأيناه في الحالة الثانية ، وينقل في الوقت ذاته الأداء إلى أماكن عامة أخرى بطريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون على النحو الذي رأيناه في الحالة الثالثة . وعند ذلك يكون للمؤلف أجور ثلاثة يجمع بينها : أجر في الأداء العلني في المكان العام الأصلي ، وأجر ثان في الأداء العلني المنقول إلى الأماكن الخاصة ، وأجر ثالث في الأداء العلني المنقول إلى الأماكن العامة الأخرى بطريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون .

٢١٦ - الأداء بطريق السينما والفونوغراف : هنا أيضاً لا نعرض

لأفلام السينما وأسطوانات الفونوغراف ، فالتقاط المشاهد عن طريق الأفلام « وتعبئة » الاسطوانات كل هذا يدخل في مضمون حق النشر أى نقل المصنف بطريق غير مباشر إلى الجمهور عن طريق نسخ صور منه ، وقد سبق الكلام في ذلك (١) . وإنما نعرض هنا للأداء العلني المباشر عن طريق الأفلام السينمائية أو الأسطوانات الفونوغرافية .

لا شك في أن من يشتري أو يستأجر فيلماً سينمائياً لعرضه على الجمهور في صالة العرض أى في مكان عام ، يكون قد انتقل إليه حق الأداء العلني في المدة

وفي المكان المتفق عليهما . وذلك في نظير المقابل الذي دفعه . ولكن إذا استأجر شخص فيلما سينمائيا لعرضه في مكان عام معين أى صالة عرض معينة ، وطوال وقت معين ، فليس له أن يعرض الفيلم في مكان آخر ، وليس له أن يجاوز في عرضه الفيلم الوقت المحدد ، وإلا كان معتديا على حق المؤلف في الأداء العلني بطريق السينما ، لأنه فيما جاوز فيه المكان أو الزمان لم ينتقل إليه حق الأداء العلني .

كذلك إذا اشترى شخص أسطوانة . فله أن يستمع إليها في منزله أو في مكانه الخاص ، بل له أن يجعل غيره يستمع إليها بشرط أن يكون ذلك في اجتماعات خاصة (الاجتماعات العائلية والجمعيات الخاصة والحفلات المدرسية : م ١١ من قانون حماية حق المؤلف)^(١) . ولكن لا يجوز له ، دون إذن كتابي من المؤلف ، أن يسمع الأسطوانة جمهورا من الناس في مكان عام ، فإن في هذا اعتداء على حق المؤلف في الأداء العلني . وللمؤلف ، إذا أذن صاحب الأسطوانة في هذا الأداء العلني ، أن يتقاضى أجراً على ذلك^(٢) .

٢١٧ - عوزية الأداء : ولا يكفي أن يكون هناك أداء للمصنف ، بل يجب أن يكون هذا الأداء علنيا ، أى في مكان عام يستطيع الجمهور دخوله ولو لقاء أجر معين . أما الأداء في اجتماع عائلي أو في اجتماعات خاصة للجمعيات أو منتديات خاصة أو حفلات مدرسية ، فقد قضت المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا^(٣) ، بأنه لا يجوز للمؤلف أن يمنعه مادام صاحب الاجتماع لا يتقاضى في نظير ذلك رسماً أو مقابلاً .

ولا ضرورة بطبيعة المكان الذي يقع فيه الأداء . فقد ينقلب المكان الخاص إلى مكان عام إذا سمح للجمهور بالدخول فيه ، كما ينقلب المكان العام إلى

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٩ .

(٢) وقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى أنه حتى يحق للمؤلف أن يمنع مشترى الأسطوانة من إذاعتها على الجمهور ، يجب عليه أن يجعل الناشر - أى بائع الأسطوانة - يشترط ذلك صراحة على المشتري لمصلحة المؤلف ، فتجربى أحكام الاشتراط لمصلحة الناشر (انظر آنفا فقرة ٢٠٧ في آخرها) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٠٩ .

مكان خاص إذا استأجره شخص لحفلة عائلية أو لاجتماع خاص^(١) . فالعبرة إذن بطبيعة الاجتماع لا بطبيعة المكان ، فإذا كان الاجتماع عاما مباحا للجمهور كان الأداء فيه أداء علنيا ، وإذا كان اجتماعا خاصا فالأداء غير علني . وفي فرنسا تتشدد محكمة النقض في تحديد معنى المنتديات والجمعيات الخاصة ، وتذهب إلى أنه مما يتناقض مع الصفة الخاصة للجمعية أو النادي أن يسمح لغير الأعضاء بحضور الحفلات التي تقام ، حتى لو كان هؤلاء الأشخاص من أقارب الأعضاء وأصدقائهم وقد وجهت إليهم دعوات خاصة ولم يدفعوا أى مقابل في نظير حضورهم الحفلات^(٢) .

٢١٨ - مجانية الأداء بالنسبة إلى الجمهور : ويبقى الأداء علنيا متى وقع في مكان عام ، ومن ثم يكون خاضعا لحق المؤلف ، حتى لو كان الذين يحضرون الاجتماع لا يدفعون إلا مقابلا ضئيلا لا يكفي إلا لتغطية المصروفات ، أو كان المقابل الذي يدفعونه مخصصا للتبرع به لأعمال خيرية ، أو كان الحاضرون لا يدفعون أى مقابل . فمجانية الأداء بالنسبة إلى الجمهور لا تعني من حق المؤلف ، والعبرة بعلانية الأداء في الخضور لهذا الحق حتى لو كان الأداء مجانيا ، إذ لا يجوز التبرع على حساب المؤلف . ولكن يلاحظ أن المؤلف يتساهل عادة في تقدير قيمة حقه ، إذا هو استوثق من مجانية الأداء للجمهور أو أن المقابل الذي يدفعه الجمهور قدخصص لبعض الأعمال الخيرية^(٣) .

§ ٣ - تصرف المؤلف في حقه المالى

٢١٩ - جواز أنه ينقل المؤلف حقه المالى إلى الغير : تنص المادة

(١) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٣٦ ص ٢٢٧ - وانظر آنفا فقرة ٢٠٩ في الهامش .

(٢) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٢٦ (Bulletin. soc., auteurs, compositeurs, éditeurs musique) Bull. S.A.C.E.M.

١٩٢٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ Bull. S.A.C.E.M. فقرة ٧٩ ص ٦٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي

١٩٣٨ - ٥٧ .

(٣) انظر نقض فرنسي ٨ نوفمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١١٨ .

٣٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المنصوص عليها في المواد ٥ (فقرة ثانية) و ٦ و ٧ (فقرة ثانية) من هذا القانون ، على أن نقل أحد الحقوق لا يترتب عليه مباشرة حق آخر . ويشترط لتتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه . وعلى المؤلف أن يمتنع عن أى عمل من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه (١) » .

فالمؤلف إذن أن ينزل عن حقه المالى في استغلال مصنفه ، بما يشتمل عليه مضمون هذا الحق المالى من الحق في النشر وفي الاشتقاق من المصنف الاصلى وفي الأداء العلنى على الوجه الذى بيناه تفصيلا فيما تقدم ، إلى الغير ، بمقابل أو بغير مقابل . فإذا نزل عنه بمقابل هو مبلغ من النقود كان هذا بيعا لحقه المالى ، وإذا نزل عنه بغير مقابل كان هذا هبة . وللغير الذى تلقى الحق من المؤلف أن ينزل عنه بدوره لمن يشاء ، بمقابل أو بغير مقابل . ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوبا ، والكتابة هنا ركن في

(١) وقع خطأ مطبعى في نص الفقرة الأولى من هذه المادة ، إذ أثير في المادة ٥ إلى فقرة ٦ والصحيح أنها الفقرة الثانية ، وأثير في المادة ٧ إلى فقرة أ والصحيح أنها الفقرة الثانية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في خصوص المادة ٣٧ : « نحا المشرع في الفصل الثالث من الباب الثانى عقده لبيان أحكام نقل حقوق المؤلفين نحوما يوفق بين مصالح المؤلفين والناشرين ، فأقام التوازن بين حقوق المؤلفين وحقوق من آل إليهم حق الاستغلال المالى للمؤلف . فبعد أن حفظت المادة الخامسة (فقرة ثانية) للمؤلف حقه الحالى في استغلال مصنفه استغلالا ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، اعترفت له المادة ٣٧ بالحق في نقل الحقوق المالية المنصوص عليها في المواد الخامسة والسادسة والسابعة . وهذا الحق الأخير مما يقتضيه استغلال المصنف ، وقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٣٧ لصحة التصرف في الحق المالى أن يكون التعاقد بشأنه بالكتابة ، وأن يتضمن في صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محل التصرف على حدة ، مع بيان مداه والغرض منه وزمان الاستغلال ومكانه ، وذلك حتى يكون كل من الطرفين على بينة من أمره ، وخاصة لكي لا توضع في المقعد نصوص إجحالية غامضة حقة للمؤلف ... إزاء هذه الحقوق التى أقرها المشرع للمؤلفين لم ينفل حقوق الناشرين ، فأوجبت عقرة الأخيرة من المادة ٣٧ على المؤلف أن يمتنع عن أى عمل يترتب عليه تعطيل مباشرة الحق محل التصرف ... » .

ويطابق النص في المشرع الجديد المادة ٣٨ مطابقة تامة من حيث المعنى ، ومطابقة تكاد تكون تامة من حيث اللفظ .

الانعقاد لا مجرد وسيلة للإثبات . وذلك ما لم يكن التصرف هبة مباشرة ، فيجب أن تفرغ في ورقة رسمية وفقاً لأحكام الهبة . ويجب أن يحدد في العقد ، في صراحة وبالتفصيل ، كل حق نزل عنه المؤلف للغير ، مع بيان مدى الحق المنقول للغير ، والغرض منه ، ومدة الاستغلال إذا كانت لا تستغرق مدة الحماية المقررة في القانون ، ومكان الاستغلال إذا كان مقصوراً على بلد دون آخر . وكل ذلك حتى لا تبيء عبارات التصرف عامة مجملة ، فيقع فيها من الإيهام والغموض ما يضر بالمؤلف . والنزول عن حق لا يستتبع النزول عن حق آخر ، ولذلك وجب التفصيل الذي تقدم بيانه . فنزول المؤلف عن حقه في النشر لا يستفاد منه نزوله عن حقه في الاشتقاق ، أو عن حقه في الأداء العلني . ونزوله عن تحويل مصنفه إلى مسرحية لا يستفاد منه نزوله عن تحويله إلى فيلم سينمائي . ونزوله عن حق ترجمته إلى لغة معينة لا يستفاد منه نزوله عن ترجمته إلى لغة أخرى غير اللغة المتفق عليها . وهكذا .

ويلتزم المؤلف بضمان التعرض ، فلا يجوز له أن يأتي عملاً يكون من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه . ومن ثم لا يجوز للمؤلف ، بعد أن تصرف في حقه ، أن يقوم بعمل شخصي يتعارض مع حق المتصرف له في استغلال المصنف ، بأن ينشره مثلاً بنفسه أو بواسطة غيره ، وإلا جاز المحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض إن كان له محل . ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن المتصرف له ادعاء الغير أن المصنف مسروق كله أو بعضه . أو أنه يتضمن قذفاً أو انتهاكاً لحرمة أسرار الغير مما يوجب المسؤولية . فإذا لم يستطع المؤلف دفع اعتداء الغير ، كان للمتصرف له أن يرجع عليه بالضمان وفقاً للقواعد المقررة في المسؤولية العقدية .

وقد يستعمل المؤلف حقه في نشر مصنفه أو حقه في الأداء العلني عن طريق عقد النشر أو عن طريق عقد العرض المسرحي . ونبين في إيجاز ، فيما يلي ، الفرق بين كل من عقد النشر وعقد العرض المسرحي وبين ما نحن بصددده في حق المؤلف المالي في استغلال مصنفه .

٢٢٠ — عقد النشر : عرضنا لعقد النشر في الجزء السابع من الوسيط ،

كصورة خاصة من صور عقد المقالة^(١) . ونقتصر هنا على بيان الفرق بين عقد النشر وبين تصرف المؤلف في حقه المالى .

بلجأ المؤلف عادة ، بدلا من التصرف في حقه المالى ، إلى عقد النشر ، إذ هو العقد الذى يستعمل بواسطته استعمالا مألوفا حقه فى نشر مصنفه . والنشر لا ينتقل إليه الحق المالى للمؤلف ، كما ينتقل هذا الحق إلى المتصرف له فى حالة التصرف . وكل ما ينتقل إلى الناشر ، فى أقصى صورة من صور عقد النشر ، هو حق استغلال المصنف لعدد من الطبعات غير معين ولمدة غير معينة . فإذا لم يقر الناشر بإعادة طبع الكتاب فى مدة معقولة بعد نفاد نسخ الطبعة السابقة ، استعاد المؤلف حقه فى استغلال الكتاب . وله أن ينشره بنفسه أو عن طريق ناشر آخر^(٢) . وقد يقتصر المؤلف فى عقد النشر على أن يبيع للناشر طبعة معينة من المصنف ، ويحدد بالاتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة ، فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته ، وتصبح النسخ ملكا له ويبيعها لحسابه ، ويدفع فى مقابل ذلك للمؤلف مبالغاً معينة ، دفعة واحدة أو على عدة دفعات . وقد يحتفظ المؤلف ، فى عقد النشر ، بحقه فى استغلال مصنفه ، ويقوم بطبع الكتاب على نفقته . فتكون النسخ بعد طبعها ملكا له ، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع . وفى هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقالة ، والناشر هو المفاوض ورب العمل هو المؤلف . ويتقاضى الناشر فى مقابل ذلك أجراً من المؤلف ، ويغلب أن يكون هذا الأجر هو نسبة معينة من ثمن كل نسخة يبيعها . وقد يقوم الناشر بطبع الكتاب . على أن يسترد نفقات الطبع من ثمن النسخ التى يبيعها ، وبعد ذلك يستولى على أجره المتبقى عايه ، ويرد الباقي للمؤلف^(٣) .

ومهما اختلفت صور عقد النشر ، فإن الناشر يكون دائماً ملتزماً بنشر كتاب ، أى يبيع نسخه للجمهور ، فإن لم يفعل كان مخلاً بالتزامه ، وكان

(١) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٨٢ - فقرة ١٩٣ .

(٢) بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٨ - الوسيط ٧ ص ٣٢٧ هامش ١ - انظر عكس ذلك وأنه لا فرق بين هذه الصورة من صور عقد النشر وبين التصرف فى حق الاستغلال المالى : Rault فى عقد النشر فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) انظر فى كل ذلك الوسيط ٧ فقرة ١١٢ .

مستولاً أمام المؤلف . ويسبق المؤلف دائماً ، في عقد النشر ، حقه الأصلي في استغلال مصنفه ، وعلى أساس هذا الحق يلزم الناشر بنشر الكتاب حتى يتمكن المؤلف من مباشرة حقه في الاستغلال .

أما إذا تصرف المؤلف في حقه المالى في الاستغلال ، فإن هذا الحق نفسه ينتقل منه إلى المتصرف له ، ويصبح هذا الأخير هو صاحب الحق في الاستغلال . ويستطيع أن يباشر هذا الحق ، كما يستطيع ألا يباشره فلا ينشر الكتاب ، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يستطيع المؤلف أن يلزمه بالنشر كما يستطيع إلزام الناشر فيما رأيناه . ونرى من ذلك أنه في حالة التصرف محل المتصرف له محل المؤلف في جميع حقوقه المالية المتصرف فيها بصفة دائمة ، أى طول مدة الحماية غالباً ، ومن بين هذه الحقوق أن يرم عقد نشر مع أحد الناشرين . أما في حالة عقد النشر ، فلا محل الناشر محل المؤلف في حقوقه ، ويكون الناشر ملتزماً بنشر الكتاب طبقاً لشروط عقد النشر . وللمدة المحددة في هذا العقد ، وللطبعة أو الطباعات المبيّنة فيه . ويمكن أن نتصور أن المؤلف يتصرف في حقه المالى للناشر نفسه ، وفي هذه الحالة تنتقل إلى الناشر حقوق المؤلف بصفة دائمة أى طول مدة الحماية غالباً ، بموجب عقد بيع لا بموجب عقد نشر . وعند ذلك ينشر الناشر الكتاب ، لا باعتباره ناشراً ، بل باعتباره صاحب حقوق المؤلف ، ويكون في وضع المؤلف عندما ينشر هذا مصنفه بنفسه . بل يجوز أيضاً للناشر في هذه الحالة أن يعهد إلى ناشر آخر ، بموجب عقد نشر ، أن ينشر المصنف الذى اشترى حقوق التأليف فيه (١) .

٢٢١ - عقد العرض المسرحى : وقد عرضنا أيضاً لعقد العرض المسرحى في الجزء السابع من الوسيط (٢) . والفرق بينه وبين تصرف المؤلف في حقه في الأداء العلنى لمصنفه هو نفس الفرق بين عقد النشر وبين تصرف المؤلف في حقه في النشر . فالقائم بالعرض كالناشر يكون ملتزماً دائماً بعرض المصنف على الجمهور ، فيما إذا لجأ مؤلف المسرحية أو منتج الفيلم السينمائى أو واضع القطعة الموسيقية أو ملحن القطعة الغنائية إلى عرض مصنفه

(١) انظر في ذلك الوسيط ٧ ص ٢٢٧ هامش ١

(٢) انظر الوسيط ٧ فقرة ١١٤ - فقرة ١١٦

بواسطة الأداء العلني عن طريق المسرح أو السينما أو الراديو أو التلفزيون .
أما المتصرف له في حق الأداء العلني فليس ملزماً بالعرض ، ويجل عمل المؤلف في حقه ، إن شاء عرض المصنف وإن شاء لم يعرضه ، وفي حالة ددم العرض لا يستطيع المؤلف أن يلزمه بالعرض . ويكون له حق العرض بصفة دائمة أى طول مدة الحماية غالباً . بخلاف القائم بالعرض فليس له أن يعرض المصنف إلا في المرة أو المرات أو المدة التي حددها عقد العرض المسرحي .

والذي يقع في العدل هو أن يدفع المؤلف بمسرحيته أو بقطعته الموسيقية أو الغنائية لصاحب المسرح أو إدارة الإذاعة ، ويتقاضى أجراً معيناً ، قد يكون مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة مئوية من الإيراد . وقد يبدق التمييز في هذه الحالة بين ما إذا كان العقد .ر تصرف في حق الأداء العلني أو هو مجرد عقد للقيام بالعرض ، لذلك جرى العمل على تسمية العقد في كلا الفرضين بعقد العرض المسرحي دون تمييز بين فرض وآخر (١) .

٢٢٢ - طرق تقدير المقابل للمؤلف المالى : ومواء كان العقد

هو تصرف في حق المؤلف المالى على النحو الذى قدمناه ، أو هو عقد نشر أو عرض مسرحي ، فإن المقابل الذى يتقاضاه المؤلف في جميع هذه الفروض يجوز أن يكون مقدراً جزافاً بمبلغ إجمالى ، كما يجوز أن يكون نسبة مئوية من الإيراد . وتنص المادة ٣٩ من قانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد على ما يأتى : « تصرف المؤلف في حقوقه في المصنف ، سواء كان كاملاً أو جزئياً ، يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الاستغلال أو بطريقة جزافية » (٢) .

فإذا نزل المؤلف للمتصرف له أو للناسر من حقوقه في التأليف نزولاً غير محدد ، فإن العقد يكون بيعاً كما قدمنا ، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه للناسر للمؤلف . ويجوز أن يكون هذا الثمن مبلغاً محدد جزافاً ويتقاضاه المؤلف دفعة واحدة أو على أقساط أو في ميعاد كل طبعة من طبعات المصنف ، كما

(١) انظر للوسيط ٧ فقرة ١٩٤ .

(٢) يقابل النص في المشروع الجديد المادة ١/٤٠ . والنصان متطابقان في المعنى ، ويكادان

متطابقان في اللفظ .

يجوز أن يكون الثمن محددًا بنسبة عدد نسخ المصنف وثمن كل نسخة . أو بنسبة ما يباع من النسخ . وإذا نزل المؤلف للناس عن طبعة من طبعات المصنف . فإنه يتفق معه عادة على عدد نسخ هذه الطبعة . ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمنًا قد يكون مبلغًا محددًا جزافيًا يدفع جملة واحدة أو على أقساط متعددة . وقد يكون نسبة مئوية من الثمن المقرر لبيع النسخ ، أو نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخ فعلاً^(١) . وفى عقد العرض المسرحى يلتزم العارض بأن يودى للمؤلف جعلًا متفقًا عليه . قد يكون مبلغًا إجماليًا يتقاضاه المؤلف من العارض جملة واحدة أو على أقساط . وقد يكون نسبة مئوية من الإيراد وفى هذه الحالة يجب على العارض أن يقدم للمؤلف حسابًا مفصلاً عن إيراد الحفلة أو الحفلات التى أقامها تنفيذًا للاتفاق^(٢) .

والأصل أن ما تم الاتفاق عليه من مقابل لا يجوز تعديله إلا باتفاق جديد . ولا يجوز للمؤلف أن يطلب أكثر مما اتفق عليه مع الناشر أو العارض . ولكن المشروع الجديد أضاف للمادة ٤٠ منه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك فإذا تبين أن الاتفاق كان مجحفًا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد . جاز للقاضى . تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين . أن ينضى للمؤلف . علاوة على ما اتفق عليه . بجزء من الربح الصافى الذى ينجم عن استغلال المصنف » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد فى صدد هذا النص ما يأتى : « وقد أجازت المادة ٤٠ من المشروع للمؤلف أن يتصرف فى حقوقه على المصنف على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد الناتج من الاستغلال أو ببدل معلوم . سواء كان التصرف كاملاً أو جزئياً . وأضاف المشروع حكماً جديداً أورده مشروع الجامعة العربية : « مؤداه أن يكون للمؤلف نصيب فى الأرباح الناتجة عن استغلال المصنف زيادة على ما تم الاتفاق عليه . إذا كان الاتفاق مجحفاً أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد . ووضح أن فى هذا الحكم خروجاً على القاعدة العامة فى التعاقد تملية اعتبارات العدالة » . والحكم الذى استحدثه المشروع

(١) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٨٦ .

(٢) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٩٦ .

الحديد فيه رعاية كبيرة لجانب المؤلف : على افتراض أنه هو الجانب الذى يغن عادة فى الاتفاقات التى تقع بينه وبين الناشر أو العارض ، وبخاصة إذا كان المؤلف من الناشئين أو كان غير معروف . فيجوز له ، إذا كان فى الاتفاق غن من الأصل ، أن يطالب بجزء من الربح الصافى الناتج عن استغلال المصنف براه القاضى كافيا لرفع هذا الغن . وحتى لو لم يكن فى الاتفاق غن من الأصل ، ولكن نجاح المصنف غير المنتظر لظروف طارئة جعلت الاتفاق مجحفا بالمؤلف ، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يطالب هنا أيضاً بجزء من الربح الصافى على النحو الذى رأيناه فى الفرض الأول . وفى كلا الفرضين خروج على القواعد العامة ، ففى الفرض الأول خروج على قواعد الغن إذ الأصل هو ألا يعتد بالغن إلا فى حالات خاصة ليس هذا الفرض منها ، وفى الفرض الثانى خروج على قواعد نظرية الظروف الطارئة إذ أن هذه النظرية إنما تعالج حالة المدين الذى أصابته خسارة فادحة لا حالة الدائن الذى فاته ربح كبير . لذلك لا يجوز تطبيق هذا الحكم إلا بموجب نص صريح فى القانون (١) ، وهذا النص غير موجود فى قانون حماية حق المؤلف القائم . فإذا أصبح المشروع الحديد قانونا وبقي فيه هذا النص ، وجب تطبيقه على الاتفاقات التى تبرم من وقت أن يصبح المشروع الحديد قانونا نافذ المفعول .

٢٢٣ - بطوره التصرف فى مجموع الإنتاج الفكرى المستقبل :

تنص المادة ٤٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبل » (٢) .

وقد قلنا فى عقد النشر (٣) أنه « يجوز الاتفاق بين المؤلف والناشر على نشر عمل أدبى أو فنى لم ينجزه المؤلف بعد ، بل لما يبدأ فيه ، بشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقا على شرط إرادى محض ، وبشرط أن يكون العمل معيناً فى موضوعه وفى مداه ومبلغ أهميته وفى المدة التقريبية التى يتم فيها ، وإلا كان

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن الاتفاق الذى يحدد مقابلا أقل بكثير مما يستحقه المصنف يمكن إبطاله لفظ جوهرى فى قيمة المصنف (ديروا فى أنسيكوبيدى دالوز : لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥٥) .

(٢) يقابل النص فى المشروع الحديد المادة ٤١ . والنصان متطابقان معنى ولفظا .

(٣) الوسيط ٧ فقرة ١٨٥ ص ٣٢٣ .

باطلا لعدم تعيين المحل ، . وقلنا أيضاً (١) : ويجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن حقوقه المستقبلية قبل ناشر عن عمل اعتزم القيام به ولكنه لما يبدأه ، . وما يجرى على عقد النشر يجرى أيضاً على تصرف المؤلف في حقه المالى ، فيجوز له أن ينزل للغير عن حقه في مصنف لما يبدأه ، بشرط أن يكون هذا المصنف معيناً تعييناً كافياً ، وبشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقاً على شرط إرادى محض . هذه هي حدود تصرف المؤلف في مصنفاته المستقبلية التى لم يبدأها ، ونرى من ذلك أن تصرفه في مصنف مستقبل هو تصرف صحيح لحواز التعامل في الأشياء المستقبلية ، ولكن يجب أن يكون المصنف معيناً تعييناً نافذاً للجهالة ، وإلا كان التصرف باطلا لعدم تعيين المحل .

أما أن يتصرف المؤلف في جميع مصنفاته المستقبلية دون تعيين لهذه المصنفات ، أى في مجموع إنتاجه الفكرى في المستقبل حتى يوم وفاته ، فهذا تصرف ظاهر البطلان . وبطلانه يرجع أولاً لعدم تعيين المحل ، ويرجع ثانياً إلى أنه يكون بمثابة اتفاق على تركة مستقبلية (٢) ، ويرجع ثالثاً إلى أن مجموع إنتاجه الفكرى في المستقبل أمر متصل بشخصه فهو أقرب إلى الحقوق المتعلقة بالشخصية التى لا يجوز التصرف فيها . وهو يرجع قبل ذلك كله إلى أن المؤلف بهذا الاتفاق يربط نفسه إلى آخر حياته في مجموع إنتاجه الفكرى ، وهذا التزام أبدي قمين أن يلحق به الغبن الفادح . فيكون الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام (٣) .

٢٢٤ - التصرف في النسخة الأصلية من المصنف : تنص المادة ٤١

من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يترتب على التصرف في النسخة الأصلية من المؤلف ، أيا كان نوعه ، نقل حق المؤلف ، ولكن لا يجوز إلزام

(١) الوسيط ٧ ص ٣٣٣ هامش ٢ .

(٢) انظر الوسيط ١ طبعة ثانية ص ٤١٤ هامش ١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن المقصود من عدم جواز التصرف في مجموع

الإنتاج الفكرى المستقبل الذى نصت عليه المادة ٤٠ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ إنما هو تحريم تصرف المؤلف لغير فيما قد تنتجه قريحته الفنية أو الأدبية في المستقبل ، لأن في ذلك إهداراً لشخصيته ولحقوقه المعنوية البحتة التى قد يتنازل قبلها ما قد يجنيه من مزايا مالية (استئناف مسر

١٤ أبريل سنة ١٩٥٩ الجملة ٤١ رقم ٣٥٤ ص ٦٨٣) .

من انتقلت إليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها . وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك (١) .

وقد قدمنا (٢) أن من يشتري نسخة من مصنف ، أسطوانة مثلاً ، ليس له أن يباشر على النسخة حقوق المؤلف لأن هذه الحقوق لم تنتقل إليه . فليس له أن يذيع الأسطوانة على الجمهور بطريق الأداء العلني ، ولا أن يطبع من الأسطوانة نسخاً يعدها للبيع للجمهور . ولكنتنا هنا في معرض شراء النسخة الأصلية للمصنف ، النسخة الأصلية بالذات لا أية نسخة عادية من نسخ المصنف . فهل يتغير الحكم . إذ أن المشتري قد حصل على النسخة الأصلية (manuscript) ذاتها فيكون هذا قريبة على انتقال حقوق المؤلف إليه مع انتقال ملكية النسخة الأصلية ؟ تجيب المادة ٤١ سالف الذكر أنه لا يترتب على انتقال ملكية النسخة الأصلية لشخص أن تنتقل إليه حقوق المؤلف . والسبب في ذلك أنه لو أريد نقل حقوق المؤلف إلى من انتقلت إليه ملكية للنسخة الأصلية ، لوجب ، طبقاً لنص المادة ٣٧/٢ التي تقدم ذكرها ، أن يكون الاتفاق على نقل حقوق المؤلف مكتوباً وأن يحدد صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (٣) . ومن ثم لا يكفي نقل ملكية النسخة الأصلية إلى شخص ليستفاد ضمناً من ذلك نقل حقوق المؤلف إليه ، فنقل حقوق المؤلف يقتضي اتفاقاً صريحاً مكتوباً محددًا فيه كل حق أريد نقله ، مع تحديد نطاق هذا الحق ومدة الاستغلال ومكانه .

ولكن يكون من انتقلت إليه ملكية النسخة الأصلية حراً في مباشرة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذه المادة : « ونصت المادة ٤١ على أن التصرف في النسخة الأصلية للمصنف لا يترتب عليه في الأصل نقل حق المؤلف ، وهذا تطبيق لحكم الفقرة الثانية من المادة ٣٧ ، ما لم يتفق على غير ذلك . كما أن عدم إلزام من انتقلت إليه ملكية هذه النسخة بوضعها تحت تصرف المؤلف لنسخها أو عرضها تطبق للقواعد العامة في خصائص الملكية » .

ويقابل النص في المشروع الجديد المادة ٤٢ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظاً .

(٢) انظر آتفا فقرة ٢٠٧ .

(٣) انظر آتفا فقرة ٢١٩ .

سلطاته التي يخولها إياه حق الملكية . فلا يكون للمؤلف - ما لم يتفق معه على غير ذلك - حق في إلزامه بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إذا كانت لصنف أدبي أو علمي أو النقل عنها أو عرضها إذا كانت لمصنف فني كصورة أو تمثال .

ويبقى بعد ذلك أحد أمرين : إما أن يتفق المؤلف مع مالك النسخة الأصلية على تمكينه من نسخ هذه النسخة أو نقلها بمقابل أو بغير مقابل . أو أن يتفق مالك النسخة الأصلية مع المؤلف على أن ينقل إليه حقوقه . ففي الحالة الأولى يستطيع المؤلف بنسخ النسخة الأصلية أو نقلها أن يباشر حقه في استغلاله المالى لمصنفه ، وفي الحالة الثانية يستطيع مالك النسخة الأصلية وقد انتقلت إليه حقوق المؤلف أن يباشر هذه الحقوق . أما إذا لم يتفق المؤلف مع مالك النسخة الأصلية على تمكينه من نسخها . ولم يتفق مالك النسخة الأصلية مع المؤلف على أن ينقل إليه حقوقه ، ولم يكن هناك سبيل آخر للمؤلف للحصول على نسخة أخرى من مصنفه ، فإن ملكية النسخة الأصلية تبقى منفصلة عن حقوق المؤلف ، ولا يستطيع المؤلف ولا مالك النسخة الأصلية مباشرة هذه الحقوق .

٢٢٥ - المحجز على حقوق المؤلف : وإذا كان للمؤلف أن يتصرف في حقه المالى ، فهل يجوز لدائنيه ترتيباً على ذلك المحجز على هذا الحق لاستيفاء ديونهم ، على أساس أن الأصل فيما يجوز التصرف فيه أن يجوز المحجز عليه ؟

تجيب المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف على هذا السؤال بما يأتي : « لا يجوز المحجز على حق المؤلف . وإنما يجوز المحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره . ولا يجوز المحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ، ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص ما يأتي : « وحقوق المؤلف الأدبية غير قابلة للتصرف فيها بطبيعتها ، شأنها في ذلك شأن الحقوق الشخصية البحتة التى تتصل بشخص الإنسان . ويرتب على ذلك بطلان كل تصرف يتم بشأنها (٣٨م) ، وعدم جواز توقيع المحجز عليها (١٠م) . على أن المشروع لم يغفل حقوق الدائنين ، فأباح لهم توقيع المحجز على نسخ المصنف المنشور » . وظاهر من هذا أن المذكرة الإيضاحية ترجع عدم جواز المحجز على حق المؤلف إلى أن المقصود بحق المؤلف هو حقه الأدبي . فلا يجوز التصرف فيه ولا المحجز عليه . وفي

رأينا أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن غير صحيح ، وأن المقصود بالحق الذي لا يجوز الحجز عليه هو الحق المالى للمؤلف . أما الحق الأدبى فبدى أنه لا يجوز الحجز عليه ولا التصرف فيه لأنه من الحقوق المتعلقة بالشخصية كما قدمنا . ولم يكن القانون فى حاجة إلى النص على ذلك لأنه حكم واضح يستخلص من طبيعة الحق الأدبى . وإنما نص القانون على عدم جواز الحجز على الحق المالى ، مع أنه حق بطبيعته يجوز التصرف فيه ، فمخالف بذلك القواعد العامة . ولذلك أزم النص . والسبب فى عدم جواز الحجز على الحق المالى للمؤلف يرجع إلى الاعتبار الآتى : يفترض القانون أن المؤلف لم يقرر نشر مصنفه ، فلو أن القانون أجاز الحجز على حقه فى الاستغلال لأرغمه بذلك ، خلافا لما يقتضيه حقه الأدبى ، على تقرير النشر عن طريق الحجز . إذ الدائنون إذا حجزوا على حقه المالى قبل أن يقرر نشر المصنف . فإن النتيجة التى ترتب على ذلك أن هذا الحق المالى يرسو مزاده على مشتر يتولى نشر المصنف بنفسه ، بالرغم من إرادة المؤلف . فغلب القانون هنا الحق الأدبى على الحق المالى . ولم يجوز الحجز على الحق المالى . لكن إذا قرر المؤلف طوعا نشر مصنفه ونشره ، فقد امتنعت حقه الأدبى بتقريره النشر ، ولم يبق إلا حقه المالى متحلا فى النسخ التى تم نشرها وهى مملوكة له . ومن هنا جاز . كما يقول النعصر صراحة . للدائنين الحجز على هذه النسخ^(١) . فإذا بيعت فى المزاد وامتولى الدائنون على الثمن ، ولم يستكملوا استيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، فإنهم لا يجوز لهم بعد ذلك أن يحجزوا بما بقى لهم من حقوق على حق المؤلف فى الاستغلال المالى ، وإلا كان فى ذلك إرغام له على إعادة تقرير نشر المصنف . وفى هذا تعارض مع حقه الأدبى . كذلك لا يجوز للدائنين الحجز على حق المؤلف المالى فى المصنفات التى مات عنها قبل أن يقرر نشرها ، لنفس الاعتبار التى تقدم ذكرها . لكن إذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف كان قبل موته قد استهدف نشر هذه المصنفات ، جاز عندئذ للورثة أن ينسروها ، ومن ثم جاز للدائنين الحجز على حق المؤلف إذ يتمحض في هذه الحالة حقا ماليا لا يتعارض مع الحق الأدبى .

(١) انظر ديوا في أنسيكلوبيدى القانون : المقطع Prop Litt. et Art. فقرة

وإذا رسا المزداد على مشتر ، أصبح هذا المشتري هو صاحب الحق المالى وتولى بنفسه نشر المصنف ، والتمن الذى يرسو به المزداد يتوفى منه الدائنون حقوقهم ، ومابقى يكون من حق الورثة (١)

وقد نظم المشروع الحديد الحجز على حق المؤلف تنظيماً أدق . إذ نص فى المادة ١٠ منه على ما يأتى : « لا يجوز الحجز على حق المؤلف . ومع ذلك يجوز لدائنى المؤلف ، الذى تراخى فى استغلال مصنفه بعد نشره . أن يحصلوا من رئيس المحكمة الابتدائية على أمر باستغلال هذا المصنف ، ويشمل الأمر بياناً بحدود هذا الاستغلال وبالمدة التى يتم فيها . فإذا كان المؤلف قد توفى قبل نشر المصنف . فيشترط لاستصدار الأمر المذكور أن يكون المؤلف قد قصد قبل وفاته نشر مصنفه . والنص هنا واضح فى أن المقصود بالحق الذى لا يجوز الحجز عليه هو الحق المالى . وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع الحديد صريحة فى هذا المعنى (٢) . وقد نظم النص طريقاً عملياً للدائنين فى الالتجاء إلى القضاء ، إذا ثبت أن المؤلف قد قرر نشر مصنفه ، ثم تراخى وهو حى فى استغلاله بعد نشره ، أو مات قبل أن ينشره . ولا يوجد ما يمنع من الالتجاء إلى القضاء على النحو المبين فى المشروع الحديد ، دون

(١) قارب فى هذه المسألة إسماعيل غانم فى نظرية الحق ص ٦٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٨ - منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٩٠ - ص ٩١ - وانظر فى أن الحق المقصود بعدم جواز الحجز عليه هو الحق الأدبى للمؤلف دون الحق المالى : سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٦٦ - عبد المنعم البدرائى فقرة ١٩٣ والمدخل لقانون الخامس فقرة ٢٦٨ - حسن كيرة فى أصول القانون فقرة ٢٥٩ ص ٦٥٥ .

(٢) إذ ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « وتنص المادة ١٠ من المشروع على خصيصة من خصائص الحق المالى للمؤلف ، فتقتضى بعدم جواز الحجز على حق المؤلف . وهو حكم واضح تلمية طبيعة حق المؤلف التى لا تجمل لدائنيه فائدة من الحجز على حقه فى الاستغلال ، بما يتضمنه من سلطة تقرير نشره ، باعتبار أن حق النشر للمؤلف وحده لا يجوز التنازل عنه ، وهذا ما يستتبع عدم جواز الحجز على هذا الحق . على أنه إذا استعمل المؤلف حقه فى النشر ثم تراخى بعد ذلك فى استغلال مصنفه بعد نشره ، فإنه فى هذه الحالة يجوز لدائنيه أن يحصلوا من رئيس المحكمة الابتدائية على أمر باستغلال المصنف ، ويشمل الأمر بياناً بحدود هذا الاستغلال وبالمدة التى يتم فيها . وقد نصت المادة ١٠ أيضاً على حكم أجيز بمقتضاه لدائنى المؤلف أن يباشروا هذا الحق بعد وفاته ويستصدروا الأمر المذكور ، ولكن بشرط أن يثبت هؤلاء الدائنون أن المؤلف كان قد قصد قبل وفاته نشر مصنفه . »

حاجة إلى نص صريح في هذا المعنى ، فإن هذا النحو من الالتجاء إلى القضاء لا يتعارض مع القواعد العامة

المطلب الثاني

الحق المالى بعد موت المؤلف

٢٢٦ - انتقال الحق المالى إلى خلفاء المؤلف لمدة معينة : يبنى الحق المالى يتمتع به المؤلف طوال حياته . ثم إن هذا الحق لا ينقضى بموت المؤلف ، بل يبقى بعد موته وينتقل إلى خلفائه .
وإذا دام طوال حياة المؤلف ، فإنه لا يلوم بعد موته . فهو على خلاف الحق الأدبى حق مؤقت ، ولا يبقى بعد انتقاله إلى خلفاء المؤلف إلا لمدة معينة هي مدة الحماية التى أضفاها القانون على الحق .
فعندنا إذن مسألتان : (١) من هم خلفاء المؤلف . (٢) مدة الحماية التى أضفاها القانون على الحق .

§ ١ - خلفاء المؤلف

٢٢٧ - الورثة : تنص المادة ١/١٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها فى المواد ٥ و ٦ و ٧ فإذا كان المصنف عملاً مشتركاً وفقاً لأحكام هذا القانون ، ومات أحد المؤلفين بلا وارث ، فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين أو خلفهم . ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (١) .
ويتبين من هذا النص أنه إذا مات المؤلف ، انتقل حقه فى الاستغلال

(١) يقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٩ ، وتجرى على الوجه الآتى : « لورثة المؤلف وحدهم الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المالى المشار إليها فى هذا القانون ، ولم وحدهم الحق فى الإفادة من المادة ٤٠ (التصرف فى حق الاستغلال المالى) . فإذا كان المصنف مشتركاً ، ومات أحد المؤلفين دون أن يترك وارثاً أو موصى له ، آل نصيبه إلى شركائه فى التأليف أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » . والنص مطابق فى المعنى لنص المادة ١/١٨ من قانون حماية حق المؤلف سالف الذكر .

المالى لمصنفه إلى ورثته الشرعيين . كل بمقدار حصته فى الميراث فإذا ترك أولادا وزوجة وغيرهم مان لأقارب ، لم تترك الزوجة فى حقه المالى إلا الثمن ، وباقى الحق للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولمن يرث مع الأولاد من الأقارب كالأب والأم . كل بقدر حصته فى الميراث . ويخلف كل وارث فى حصته ورثته من بعده ، مادامت مدة حماية المصنف لم تنتقض . وهؤلاء جميعا - الورثة وورثة الورثة - يباشرون حقوق المؤلف المالية على الشيوع ، ويباشرون أيضا حقوقه الأدبية كما سيجىء . ولما كانت مدة الحماية فى الأصل خمسين عاما من وقت موت المؤلف كما سترى ، فإن عدد الورثة يتزايد مع الزمن ، وقد تصبح مباشرة حقوق المؤلف أمرا مستعصيا لكثرة العدد (١).

ويساعد على معالجة هذا العيب الأمور الآتية : (١) يصح تطبيق أحكام الشيوع فى إدارة الحقوق المالية للمؤلف ، فيكون رأى الأغلبية هو النافذ . (٢) يصح عند قسمة التركة أن يؤول الحق المالى للمؤلف إلى أحد الورثة دون الباقين . أو إلى عدد قليل من الورثة . (٣) يجوز للمؤلف ، كما سترى ، أن يوصى إلى شخص أو إلى عدد قليل من الأشخاص بحقه المالى ، دون أن يتقيد فى ذلك بالقدر الذى تجوز فيه الوصية . (٤) وفى جميع الأحوال ينتهى حق المؤلف المالى على الأكثر بانقضاء خمسين عاما من موت المؤلف ، وبانتهاء هذا الحق يؤول المصنف إلى الملك العام ، وينقطع النزاع فى مباشرته بواسطة عدد كبير من الأشخاص .

٢٢٨ - الوصى لهم : تنص المادة ٢/١٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للمؤلف أن يعين شخصا بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى المشار إليه فى الفقرة السابقة .

(١) وقد قدما (انظر آنفا فقرة ١٦٧) أن اللجنة القانونية بجامعة الدول العربية أعدت ، فى سنة ١٩٤٨ ، مشروعا لحماية حق المؤلف . وتقضى المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن الورثة الذين لهم حق الاستغلال المالى هم : أولا - زوج المؤلف وفروعه . ثانيا - أصوله . ثالثا - إخوته . ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذا الحق إلا بعد انقراض الفريق الذى يسبقه ، وتقسيم الغلة بين المستحقين بالتساوى فيما بينهم . ولا تسرى وصية المؤلف على زوجه وفروعه فيما زاد على الثلث . (انظر آنفا فقرة ١٦٧ فى الملحق) .

ولو جاوز المؤلف في ذلك القدر الذي تجوز فيه الوصية^(١) . والنص ، كما نرى ، يجيز للمؤلف أن يوصي بحقه في الاستغلال المالى ، لوارث أو لغير وارث . فيصح أن يوصي بهذا الحق لأحد الورثة دون الباقين ، أو لبعض الورثة دون بعض . أو لغير وارث أصلاً انفراداً أو تعدد ، أو لوارث وغير وارث في وقت معاً . وإلى هنا لا مخالفة لأحكام الشرع الإسلامى في الوصية . ولكن النص يخالف أحكام الشرع الإسلامى في أنه يقرر أن المؤلف في وصيته بحقه لا يتقيد بثلاث التركة . فقد تكون قيمة حقه المالى في استغلال مصنفه أو مصنفاته أكثر من ثلث تركته . بل قد تكون كل تركته ، ومع ذلك يجوز له أن يوصي بهذا الحق كله لوارث أو لغير وارث . وتنفذ الوصية في جميع الحق الموصى به . وكانت أحكام الشرع الإسلامى تقضى بأن الوصية لا تنفذ إلا في ثلث التركة . والسبب في أن المشرع قرر هذا الحكم دون أن يتقيد فيه بأحكام الشرع الإسلامى أن حق المؤلف في الاستغلال المالى لمصنفاته هو حق معنوى يقع على شيء غير مادى ، فهو إذن ليس من قبيل الأموال التى تقع على الأشياء المادية والتى ينظر الشرع الإسلامى إليها وحدها في تقرير أحكام الميراث والوصية . ولما كان المصنف هو نتاج فكر المؤلف ، فهو ألصق به من أمواله التى تقع على أشياء مادية ، ولذلك كان أكثر حرية في التصرف فيه بالوصية . فقد يرى أن شخصاً معيناً ، وارثاً كان أو غير وارث ، أولى بأن ينتقل إليه حقه المالى في استغلال مصنفه ، إذ يكون أقدر من غيره على هذا الاستغلال وأكثر فهماً لموضوع المصنف وأشد رعاية لحق المؤلف الأدبى إذا ما عهد إليه برعاية هذا الحق في مقابل نقل الحق المالى إليه .

ولا شك في أن هذا الحكم مفيد من ناحيتين . فهو من ناحية يمكن المؤلف من نقل حقه المالى إلى أولى الناس وأصلحهم بانتقال هذا الحق إليه . ولا يصح القول في هذا الصدد إنه كان يكفى أن يعهد إلى هذا الشخص برعاية حقه

(١) وقد أضيف هذا النص إلى مشروع قانون حماية حق المؤلف بعد أن تم إعداده ، والذى أضافه له مجلس الدولة . ولذلك لم تعرض له المذكرة الإيضاحية التى كانت قد أعدت قبل إضافته . وليس للنص مقابل في المشروع الجديد ، ومن ثم تجوز في هذا المشروع أحكام الوصية ، فلا تجوز إلا في ثلث التركة ، وتجوز لوارث .

الأدبي (١) . فالغرم بالغرم . وكما ألحق المؤلف على من اختاره عبء رعاية حقه الأدبي فمن حق هذا الشخص أن ينتقل إليه أيضاً الحق المالى . فيكون أشد يقظة في رعاية الحق الأدبي . والحكم من ناحية أخرى يمكن المؤلف ، إذا كان ورثته الشرعيون كثيرين ونخشى أن يقع الخلاف فيما بينهم في مباشرة استغلال المصنف ، أو كانوا غير صالحين لمباشرة هذا الاستغلال لبعدهم ثقافياً عن موضوع المصنف . من تعيين شخص واحد أو عدد قليل من الأشخاص لمباشرة استغلال الحق عن طريق الإيصاء لهم به .

٢٢٩ - باقى الشركاء فى المصنف : وهناك فرض خاص واجبه

المشرع فى الشطر الثانى من الفقرة الأولى للإادة ١٨ من قانون حماية حق المؤلف : إذ يقول كما رأينا : « فإذا كان المصنف عملاً مشتركاً وفقاً لأحكام هذا القانون . ومات أحد المؤلفين بلا وارث . فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين معه أو خلفهم . ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

والأصل أن المؤلف إذا مات دون أن يترك ورثة أو موصى لهم ينتقل إليهم حقه المالى فى استغلال المصنف : فإن هذا الحق ينتضى بموته ، ويؤول المصنف إلى الملك العام ، ولا يؤول إلى الدولة باعتبارها مالكة للتراث التى لا وارث لها . ولكن إذا كان هذا المصنف مشتركاً بين عدد من المؤلفين ، كما إذا كان مصنفًا سينمائيًا يشترك فيه مؤلف السيناريو ومؤلف الحوار ومن قام بتحويل المصنف الأدبي والمخرج ووضع الموسيقى وصاحب المصنف الأصلي ، ومات أحد من هؤلاء دون وارث أو موصى له ينتقل إليه حقه المالى . فإن هذا الحق لا يؤول إلى الملك العام فى هذه الحالة . بل ينتقل إلى باقى الشركاء ، أو لمن خلف هؤلاء الشركاء إذا كان الشركاء هم أيضاً قد ماتوا أو مات بعضهم ، كل بنسبة حصته فى المصنف . وهذا حكم مديد ، ففضلاً عن

(١) وقد ذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى ذلك إذ يقول : « وقد كان يكتفى لتحقيق هذا الفرض أن ينص على حق المؤلف فى أن يعين من يشاء لمباشرة سلطاته الأدبية بعد وفاته ، على أن يظل الحق المالى للورثة لا يجوز الإيصاء به فيما زاد على ثلث التركة طبقاً للقواعد العامة » (إسماعيل غانم فى النظرية العامة للاحق ص ٦٦ - وانظر أيضاً منصور ، صطفى ، منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٩٢) .

الصعوبات العملية التي تنجم من أن يكون بعض المصنف قد آل إلى الملك العام . منحه الآخر لا يزال متمتعاً بالحماية . فإن الشركاء أولى من الملك العام بانتقال حق شركتهم إليهم . وهذا ضرب من ضروب حق الاسترداد (droit de retrait) دون مقابل ، يتمكن به باقي الشركاء من مباشرة حتمهم المالي على المصنف كله ، وذلك إلى أن تنقضى مدة الحماية ويؤول المصنف إلى الملك العام .

§ ٢ - مدة الحماية التي أضفاها القانون على الحق المالي

٢٣٠ - مدة الحماية في الأصل مضمونة عاما بعد موت المؤلف :

قد لنا أن الحق المالي للمؤلف حق مؤقت ، فهو يندوم في الأصل طول حياة المؤلف وخمسين سنة أخرى بعد موته ، وعند انقضاء هذه المدة يؤول المصنف إلى الملك العام فيصبح من حق كل شخص أن ينشره وأن يباشر عليه حق الأداء العائى دون إذن ودون مقابل . وتنص المادة ١/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد على ما يأتي : « مع عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة ، تنقضى حقوق الاستغلال المالي المنصوص عليها في المواد ٥ و ٦ و ٧ بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف . على أنه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التي لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي ، واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فتنتضى هذه الحقوق بمضى خمسة عشر عاما تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » (١) .

والمدة التي يحمى فيها حق المؤلف المالي تستغرق كما قدمنا حياة المؤلف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص : « وحق الاستغلال المالي للمؤلف

موقوت محدود بأجل نصت عليه المادة ٢٠ ، وهو طيلة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . وهذا الأجل هو الذي انتهت إليه المعاهدات الدولية التي أشير إليها في صدر هذه المذكرة ، وأخذت به أكثر الدول الأوروبية . وإذا كان المصنف فوتوغرافيا أو خاصا بالإنتاج السينمائي الذي يقتصر على نقل المناظر الطبيعية ، سقط الحق بعد انقضاء خمسة عشر عاما منذ تاريخ أول نشر للمصنف » . ويشير النص في صدره إلى عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة ، وهي تنص على أن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية ، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بصفة غيره في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصل أو المترجم » . انظر في شرح هذه المادة أيضا فقرة ١٧٧ .

وخمسين عاما بعد وفاته^(١) ، ولم تصل التشريعات التي تحمي حقوق المؤلف إلى هذا المقدار من المدة إلا تدرجا . فقد كانت مدة الحماية في أول تشريع صدر في فرنسا لحماية حق المؤلف - قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ - خمس سنوات بعد وفاة المؤلف . وزادت هذه المدة إلى عشر سنوات في قانون ١٩ يولييه سنة ١٧٩٣ ، ثم أطيلت إلى عشرين سنة بذكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ ، ثم إلى ثلاثين سنة بقانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤ ، ثم إلى خمسين سنة بقانون ١٤ يولييه سنة ١٨٦٦ . ووقفت مدة الحماية عند هذا القدر في جميع القوانين التالية ومنها قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو القانون المعمول به الآن في فرنسا لحماية حقوق المؤلف . وقد أقرت المؤتمرات والاتفاقيات الدولية ، ابتداء من معاهدة برن الدولية في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ ، أن تكون مدة الحماية خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف . وفي مصر كان مشروع أول مارس سنة ١٩٢٧ يجعل مدة الحماية ثلاثين عاما من وقت وفاة المؤلف ، وعشر سنوات من أول نشر للمصنف لحفظ حق الترجمة إلى اللغة العربية . وظلت مدة الحماية ثلاثين عاما في مشروع جامعة الدول العربية . ولكن قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن ، جعل مدة الحماية كما رأينا خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف تمشيا مع التشريعات الأجنبية والاتفاقيات الدولية ، إلا أنه أنزل مدة حفظ الحق في الترجمة إلى خمس سنوات من أول نشر للمصنف بدلا من عشر سنوات^(٢) . وقد وضعت هيئة اليونسكو ، بعد الحرب العالمية الثانية ، اتفاقية دولية لحماية حقوق المؤلفين في جنيف في ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، جاء في المادة ٤ منها أنه لا يجوز أن تنقص مدة الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته^(٣)

وقد اتجه المشروع الجديد إلى إنقاص مدة الحماية ، ولعل هذا كان من أهم أسباب وضع هذا المشروع ، فنصت المادة ١/٢٠ و ٢ منه على ما يأتي : « مع

(١) وغنى عن البيان أنه إذا انقرضت ورثة المؤلف قبل انقضاء هذه المدة ، ولم يوجد حوصى له ، فإن المصنف يزول إلى الملك العام بالرغم من أن مدة الحماية لم تنقض

(٢) انظر في كل ذلك ما قدمناه آنفا فقرة ١٦٧

(٣) انظر آنفا فقرة ١٦٧ في الهامش .

هدم الإخلال بحكم المادة ٨ فقرة ثانية تنقضى حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها فى القانون بمضى خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف ، على ألا تقل مدة الحماية فى مجموعها عن خمسين سنة من تاريخ أول نشر للمصنف . على أنه بالنسبة إلى المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى يقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فتتقضى هذه الحقوق بمضى خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد فى هذا الصدد : « ولئن جعلت مدة الحماية فى معاهدة برن خمسين سنة بعد وفاة المؤلف ، إلا أن ثمة اتجاهات عامة إلى الحد منها . وآية ذلك أن الاتفاقية الدولية لحماية حقوق المؤلفين المبرمة فى جنيف عام ١٩٥٢ نصت فى مادتها الرابعة على أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية للمصنفات التى تنطبق عليها هذه الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته ، كما أن المشروع الذى وضعته الجامعة العربية ينقص مدة الحماية فى المادة ٢٣ منه إلى ثلاثين سنة بعد وفاة المؤلف . وكانت اللجنة التشريعية بمجلس النواب المصرى قد أشارت - وهى بصدد بحث قانون حقوق المؤلف - إلى جعل الحماية خمسا وعشرين سنة ، بينما كانت المدة المحددة فى مشروع سنة ١٩٢٧ ثلاثين سنة . ولا يمتد أجل الحماية فى إنجلترا إلا سبع سنوات بعد وفاة المؤلف ، على ألا تقل فى مجموعها عن اثنتين وأربعين سنة من تاريخ أول نشر للمؤلف . ومن ثم فقد رأى المشروع أن يقف من شتى هذه الاتجاهات موقفا وسطا ، متوخيا فى الوقت ذاته حفظ حقوق المؤلفين وصيانة ثرواتهم . فجعل فى المادة ٢٠ مدة الحماية مدى حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته ، على ألا تقل الحماية فى مجموعها عن خمسين سنة . »

وقد تكون هذه الاعتبارات التى حدثت بالمشروع الجديد على إنقاص مدة الحماية من خمسين سنة إلى خمس وعشرين اعتبارات وجبة ، إلا أنه بعد أن صدر قانون حماية حق المؤلف بجعل مدة الحماية خمسين سنة ، لم يعد مستساغا لإنقاص هذه المدة فى المشروع الجديد ، إذ المألوف أن مدة الحماية تزيد متدرجة فى التشريعات المتعاقبة ، لا تنقص .

وقد قلنا^(١) أن هناك مصنفات فوتوغرافية وسينمائية لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي وتقتصر على نقل المناظر نقلا آليا ، فهذه يكون من الطبيعي أن تتمتع بحماية أقل ، وقد جعلت المادة ١/٢٠ كما رأينا مدة حمايتها خمسة عشر عاما فقط ، وتبدأ لا من وقت وفاة المؤلف بل قبل ذلك من تاريخ أول نشر للمصنف . وقد أنزل المشروع الجديد في المادة ١/٢٠ منه كما رأينا مدة حماية هذه المصنفات من خمس عشرة سنة إلى خمس سنوات فقط ، تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « ولما كان مناط الحماية المقررة لحق المؤلف هو المجهود العقلي أو الابتكار ، وهو ما لا يتوافر في التصوير الفوتوغرافي والسينمائي الذي يقتصر فيه على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، إذ يكون للآلة فيه الدور الرئيسي وتكون الغلبة للعنصر الآلي الذي لا يمت بصلة إلى المجهود الذهني ، فقد جعل المشروع مدة الحماية بالنسبة لهذه المصنفات خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف ، مراعيًا في ذلك ما قد يتكبده المصور من جهد مادي في ميدان الحصول على الصورة » .

هذا ومدة الحماية أيا كان مقدارها ، يبدأ سريانها في الأصل من وقت موت المؤلف ، ويبدأ السريان في بعض الأحوال الاستثنائية من تاريخ أول نشر للمصنف . فنبحث الأصل ، ثم نتقل إلى الاستثناء .

٢٣١ - الأصل أنه يبدأ سريانه مدة الحماية من وقت موت المؤلف :

قدمنا أن الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف ، فالحسن عاما التي يحمي فيها القانون الحق المالي للمؤلف يبدأ سريانها من وقت موت المؤلف ، أي أن المصنف يحمي مدة حياة المؤلف وخمسين عاما أخرى تسري من وقت موته . وهناك حالتان تدخلان في هذا الأصل ، وهما في حاجة إلى شيء من التفصيل :

(الحالة الأولى) المصنفات المشتركة . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف في شأنها على ما يأتي : « وتحسب المدة في المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقي حيا من المشتركين »^(٢) . فإذا كان هناك

(١) انظر آنفا فقرة ١٨٠ في آخرها .

(٢) تطابق المادة ٣/٢٠ في المشروع الجديد ، معني ولغظا .

مصنف مشترك بين أكثر من شخص واحد ، كقصائد الموسيقى الغنائية .
 والمصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ،
 فإن سريان مدة الحماية لا يبدأ بمجرد موت أحد هؤلاء الشركاء ، بل يتراخى
 حتى يموت آخر من بقى حيا منهم ، ومن وقت موته يبدأ سريان مدة الحماية .
 وعلى ذلك يتمتع من مات أولا من الشركاء بمدة حماية أطول ، إذ تستغرق هذه
 المدة حياته هو ، ثم حياة جميع الشركاء الذين يموتون بعده ، ثم تستمر خمسين
 عاما بعد موت آخر من يموت منهم . وإذا كان هناك مصنف جماعي اشترك
 في وضعه جماعة بتوجيه شخصي طبيعي تكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، فإن
 هذا الشخص الطبيعي يعتبر مؤلفا للمصنف (م ٢/٢٧ من قانون حماية حق
 المؤلف^(١)) ، ويبدأ سريان مدة الحسنيين عاما من وقت وفاة هذا الشخص
 الطبيعي فإذا كان الذي وجه المصنف الجماعي وتكفل بنشره تحت إدارته
 وباسمه هو شخصي معنوي ، اعتبر هذا الشخص المعنوي أيضاً هو المؤلف
 (م ٢/٢٧ من قانون حماية حق المؤلف^(٢)) ، ويبدأ سريان مدة الحسنيين
 عاما من تاريخ أول نشر للمصنف الجماعي ، شأن الشخص المعنوي هنا شأن
 سائر الأشخاص المعنوية (م ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) كما سرى .
 (الحالة الثانية) المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف : تنص
 المادة ٢٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « تحسب مدة الحماية بالنسبة
 إلى المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف من تاريخ وفاته ، وذلك
 مع عدم الإخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة العشرين من هذا القانون^(٣) » .
 والمفروض هنا أن المصنف لم ينشر إلا بعد وفاة المؤلف ، وقد تولى نشره
 خلفه بعد موته بخمس سنين مثلاً . ففي هذه الحالة يحمي المصنف مدة خمسين
 عاما ، ولكن هذه المدة يبدأ سريانها ، لا من وقت نشر المصنف كما قد يتبادر
 إلى الذهن ، بل من وقت وفاة المؤلف . فلا يحمي المصنف إذن في الفرض
 الذي نحن بصددده إلا مدة خمسة وأربعين عاما من وقت نشره ، إذ هو قد
 نشر بعد موت المؤلف بخمسة أعوام . ولا يفهم هذا الحكم إلا على أساس

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

(٣) تطابق المادة ٢٢ في المشروع الجديد في المعنى ، وتكاد تطابقها في اللفظ .

افترض قاعدة تقضى بأن أى مصنف يجب أن يؤثول إلى الملك العام بعد خمسين عاما من موت مؤلفه . أيا كان تاريخ نشر هذا المصنف . وعلى ذلك لو نشر المصنف بعد ثلاثين عاما من وقت وفاة المؤلف ، لم يحرم هذا المصنف إلا مدة عشرين عاما من وقت نشره إذ يكون قد مضى خمسون عاما إذ ذاك على موت المؤلف . ولو بقى المصنف غير منشور مدة خمسين عاما بعد موت المؤلف ، فإنه يكون عندئذ قد آل إلى الملك العام ، وإذا نشره خلفاء المؤلف فإنه ينشر غير محمي ، ويجوز لأى شخص أن يعيد نشره دون أن يستأذن أحدا ودون أن يدفع أى مقابل^(١) . ويخفف من أثر هذا الحكم ما ورد فى النص من وجوب عدم الإخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف . وهذه الفقرة تقضى ، كما رأينا ، بأن تحسب مدة الحماية فى المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين . فلو أن أحد الشركاء فى مصنف مات قبل أن ينشر المصنف ، ثم نشر فى حياة الشركاء الآخرين ، ومات آخر من بقى حيا من هؤلاء الشركاء بعد عشرين سنة من نشر المصنف ، فإن مدة الخمسين عاما يبدأ سريانها من وقت وفاة هذا الشريك الأخير ، أى بعد سبعين عاما من وقت نشر المصنف ، وأكثر من سبعين عاما من وقت وفاة الشريك الأول .

٢٣٢ — والاستثناء أنه يبدأ سريانه مدة الحماية من وقت نشر المصنف :

وهنا ثلاث أحوال استثنائية يبدأ سريان مدة الحماية فيها ، لا من وقت وفاة المؤلف ، بل من وقت نشر المصنف . وهذه الأحوال هى :

أولا — المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع إنشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فقد رأينا^(٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف تقضى بأن مدة الحماية فى هذه

(١) وفى فرنسا ، بموجب دكرينو ٢٢ مارس سنة ١٨٠٥ ودكرينو ٨ يونيو سنة ١٩٠٦ ،

أعطى للشخص الذى ينشر مصنفًا بعد موت المؤلف ، بشروط معينة أهمها أن يكون مالكا للنسخة التى اشتملت على نصروس المصنف ، حق مالى فى الاستغلال شبيه بحق المؤلف (انظر فى ذلك ديبوا فى أنسيكلويدى دالتوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣١) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٣٠ .

الحالة ، وهي خمسة عشر عاما ، تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف . فن الممكن إذن أن تنتهى مدة الحماية هنا قبل وفاة المؤلف بمدة طويلة .

ثانيا - المصنفات التى يكون مؤلفوها أشخاصا معنوية عامة أو خاصة . وتنص المادة ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « وتحسب هذه المدة (مدة الحماية) من تاريخ النشر ، إذا كان صاحب الحق شخصا معنويا عاما أو خاصا^(١) . والمثل الذى أورده القانون لمصنف يكون مؤلفه شخصا معنويا عاما أو خاصا هو المصنف الجماعى ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا^(٢) : « ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوى الذى وجه ابتكار هذا المصنف (المصنف الجماعى) ونظمه مؤلفا ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف » . فلو أن شخصا معنويا خاصا كجمعية أو شركة ، أو شخصا معنويا عاما كجمع اللغة العربية يضع معجما أو هيئة من هيئات الحكومة الثقافية تضع دائرة معارف ، وجه جماعة فى وضع مصنف جماعى وتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، فإن هذا الشخص المعنوى يعتبر هو المؤلف للمصنف الجماعى بنص القانون كما رأينا . ويحمى هذا المصنف مدة خمسين عاما ، لا من وقت وفاة المؤلف لأن المؤلف هنا هو شخص معنوى لا يموت كما يموت الشخص الطبيعي ، ولكن من وقت نشر المصنف الجماعى^(٣) . وإذا كان عمل كل من المشتركين فى وضع المصنف الجماعى متميزاً عن عمل غيره ، فإن كل مشترك فى وضع المصنف يبقى هو المؤلف لعمله وحده ، بحيث لا ينافس المصنف الجماعى ، وتكون مدة حماية هذا العمل المستقل خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف لا من وقت نشر المصنف الجماعى^(٤) .

ثالثا - المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار . وتنص المادة ٢١ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « تبدأ مدة الحماية المبينة فى الفقرة الأولى من المادة السابقة ، بالنسبة للمصنفات

(١) يطابق النص المادة ٤/٢٠ فى المشروع الجديد فى المعنى ، ويكاد يطابق فى النسخ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٩٥ و فقرة ٢٣١ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٩٥ فى آخرها .

التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ، من تاريخ نشرها ، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها ، فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة (١). وقد عرضنا تفصيلاً فيما تقدم (٢) إلى أحكام المصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار . وبيننا أنه في العهد الذي يبقى فيه اسم المؤلف الحقيقي مستورا ، يعتبر الناشر هو المفوض في مباشرة حقوق المؤلف ، ولكن مدة الحماية لا تتصل بشخصه . ولما كان المؤلف مجهولا ، فإنه يتعذر أن يبدأ سريان مدة الخمسين عاما من وقت وفاته ، فلم يكن هناك مناص من جعل سريان هذه المدة يبدأ من وقت نشر المصنف . فإذا مات المؤلف ، وكان قد أذن لورثته في الكشف عن شخصيته بعد موته ، وجب عليهم الكشف عن هذه الشخصية ، وتبدأ مدة الخمسين عاما من وقت وفاة المؤلف بعد أن عرف ، لا من وقت نشر المصنف . وإذا كشف المؤلف عن شخصيته حال حياته ، فعندئذ يبقى مصنفه محميا طول حياته ، حتى لو انقضى الخمسون عاما من وقت نشر المصنف . ويبقى محميا أيضاً خمسين عاما أخرى من وقت وفاته (٣) .

هذا وقد أوردت المادة ٢٤ من قانون حماية حق المؤلف أحكاما عامة تسرى في جميع الأحوال التي تبدأ فيها مدة الحماية من وقت نشر المصنف ، فنصت على ما يأتي : « في الأحوال التي تبدأ فيها مدة الحماية محسوبة من تاريخ نشر المصنف وفقا لأحكام هذا القانون ، يتخذ أول نشر للمصنف مبدأ لحساب المدة بغض النظر عن إعادة النشر . إلا إذا أدخل المؤلف على مصنفه عند الإعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن اعتباره مصنفًا جديداً . فإذا كان المصنف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « وعرض المشروع في المادة ٢١ لبيان حكم حماية المصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ، فنص على أن مدة حماية هذه المصنفات تبدأ من تاريخ نشرها ، ذلك لأن المؤلف مجهول في هذه الحالة ، فلا يمكن تطبيق حكم المادة ٢٠ بشأنه . على أنه قد يكشف عن شخصيته بعد نشر المؤلف ، فتحسب مدة الحماية في هذه الحالة طبقا للقاعدة العامة سالفة الذكر ، أي من تاريخ الوفاة » .

ويطابق النص المادة ٢١ في المشروع الجديد في المعنى . ويكاد يطابقه في اللفظ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٤ .

(٣) انظر في ذلك ما قدمناه آتفا فقرة ٩٤ ، وفي عدم الاستقرار الذي ينشأ من اتصال مدة الحماية بالشخص الظاهر الذي تفوض له مباشرة حقوق المؤلف ما قدمناه آتفا فقرة ١٩٣ .

يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وعلى فترات ، فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفًا مستقلًا في حساب المدد ، (١) .

ويفرض النص هنا فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المصنف متعدد الأجزاء ، أى مكونا من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت تباعا في أوقات متعاقبة . فعند ذلك يعتبر كل جزء أو مجلد مصنفًا قائما بذاته ، ويحمى مدة خمسين عاما (أو خمسة عشر عاما) من وقت نشره هو ، دون نظر إلى تاريخ نشر الأجزاء أو المجلدات التي سبقته أو التي لحقته ، وعلى ذلك يستقل كل جزء أو مجلد بمدة حمايته الخاصة به . أما إذا نشر المصنف بأجزائه أو مجلداته جميعا في وقت واحد ، فالطبيعى أن تبدأ مدة الحماية من تاريخ هذا النشر بالنسبة إلى جميع الأجزاء أو المجلدات ، ولا يستقل كل جزء أو مجلد بمدة حماية خاصة .

(الفرض الثانى) أن يكون المصنف متعدد الطبعات ، فالعبرة بتاريخ الطبعة الأولى مادامت الطبعات التالية لم تدخل تعديلا جوهريا على المصنف بحيث تعتبر الطبعة الجديدة المعدلة مصنفًا جديداً . وعلى ذلك تبدأ مدة الحماية من تاريخ الطبعة الأولى ، وإن تعددت الطبعات بعد ذلك على النحو الذى ذكرناه . فإذا كانت الطبعة الجديدة المعدلة قد دخلت عليها تعديلات جوهرية جعلتها بمثابة مصنف جديد ، وهذه مسألة واقع تترك لتقدير قاضى الموضوع مستعينا فى ذلك برأى الخبراء المتخصصين ، فإن هذه الطبعة الجديدة تقطع المدة التي كانت قد سرت من وقت نشر الطبعة الأولى ، وتسرى مدة حماية جديدة تحسب من وقت نشر الطبعة الجديدة . وقد تكون الطبعة الجديدة قد شارك فيها المؤلف الأصلى مؤلفون آخرون ، فتعتبر هذه الطبعة بمثابة مصنف جديد مشترك وتسرى بالنسبة إليها مدة حماية خاصة تبدأ من وقت نشرها . أما الطبعة الأخرى السابقة التي استقل بوضعها المؤلف الأصلى فتبقى مدة حمايتها على ما كانت ، يبدأ سريانها من وقت نشر هذه الطبعة السابقة . وعلى ذلك يكون للمصنف فى هذا الفرض مدتا حماية مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، مدة بالنسبة إلى الطبعة التي استقل بوضعها المؤلف الأصلى ، وتسرى من وقت نشر

(١) يطابق النص المادة ٢٢ فى المشروع الجديد فى المعنى ، ويكاد يطابقه فى المدد .

هذه الطبعة ، ومدة أخرى بالنسبة إلى الطبعة التي اشترك فيها مع المؤلف الأصلي مؤلفون آخرون وتسرى من وقت نشر المصنف في حالته الجديدة مصنفًا مشتركًا . وإذا تعددت الأجزاء أو المجلدات ، ونشرت تباعا في أوقات متعاقبة ، وتعددت طبعات جزء منها أو أكثر ، فإن أحكام تعدد الطبعات التي قدمناها تسرى على كل جزء أو مجلد أعيد طبعه .

المطلب الثاني

الحق الأدبي للمؤلف

٢٣٣ - **فمناص الحق الأدبي للمؤلف ومضمونه هذا الحق :** قدمنا أن الحق الأدبي للمؤلف هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية ، وليس كحق الاستغلال المالي بحق عيني^(١) . ويرتب على أن الحق الأدبي هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية لا من الحقوق المالية خصيصتان لصيقتان بهذا الحق ، فهو أولا حق لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، وهو ثانيا حق دائم وليس بحق مؤقت كحق الاستغلال المالي^(٢) .

أما أنه حق لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، فقد ورد في ذلك نص صريح ، إذ تقول المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف : « يقع باطلا بكل تصرف في الحقوق المنصوص عليها في المواد ٥ (فقرة أولى) و ٧ (فقرة أولى) و ٩ من هذا القانون »^(٣) . والمواد المشار إليها في هذا النص هي المواد التي تشتمل على مضمون الحق الأدبي للمؤلف ، ويجب أن يضاف إليها المادة ٤٢ التي تعرض لحق المؤلف في سحب مصنفه من التداول . وبديهي أنه لما كان الحق الأدبي من الحقوق المتعلقة بالشخصية ، فإنه يكون لصيقتا بشخص المؤلف ، ومن ثم لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، شأنه في ذلك شأن مائتات الحقوق المتعلقة بالشخصية كالأبوة والبنوة والنسب^(٤) .

(١) انظر آتفا فقرة ١٦٦ في الهامش .

(٢) انظر آتفا فقرة ٢٠٤ .

(٣) يطابق النص المادة ٣٩ في المشروع الجديد في المعنى ، ويكاد يطابقه في التفظ .

(٤) ديبرا في أنسيكاو بدي داتوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٣ .

وأما أنه حق دائم ، فعنى ذلك أنه يبنى طول حياة المؤلف ، ويبقى أيضاً بعد موته غير مقيد بمدة معينة كما قيد حق الاستغلال المالى بخمسين سنة . فهو باق حتى بعد انقضاء الخمسين سنة ، ولا ينتهى إلا عندما يطرح المصنف نهائياً في زوايا النسيان . ويتولى مباشرة الحق الأدبى ، بعد موت المؤلف وإلى أن يزول هذا الحق على النحو الذى ذكرناه ، ورثة المؤلف وخلفاؤه ، جيلاً بعد جيل . ويباشرون هذا الحق باسم المؤلف ، ويمثلونه في مباشرته^(١) .

وللحق الأدبى مضمون واسع ، فهو يشتمل على الحقوق الآتية : (١) حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه . (٢) حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه . (٣) حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه . (٤) حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول .

§ ١ - حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه

٢٣٤ - (١) من تقرير النشر في حياة المؤلف : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه ، وفي تعيين طريقة هذا النشر »^(٢) . وهذا من أهم مشتملات الحق الأدبى للمؤلف ، فالمؤلف وحده هو الذى يحدد ما إذا كان مصنفه قد تم وأصبح قابلاً للنشر ، وهو الذى يختار الوقت الذى ينشره فيه ، ويعين طريقة هذا النشر . فالمصنف هو نتاج فكره ، ونصيبه بشخصه ، وقد لا يرضى عنه فيؤثر ألا ينشره ، ومن ثم لا يجوز لأحد أن يجبره على نشره^(٣) . وإذا رضى عن عماله وقرر نشره ، فقد يختار أن ينشره في وقت معين يكون في نظره هو أنسب الأوقات لنشره . قد يري مثلاً أن ينشره في معرض يقام في وقت معين ويعرضه للبيع في هذا المعرض ، أو يقدمه لنيل جائزة ، أو

(١) ديبورا في أنيكلر بى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٤٣ و فقرة ٢٤٥ .

(٢) يطابق النص الفقرة الأولى من المادة ٥ في المشروع الجديد في المنى ، ويكاد يطابقه في اللفظ .

(٣) وقد قضى بأنه إذا مزق مصور صورة لم يرض عنها وألقى بها في الطريق ، فالتقطها أحد المارة ، وتملكها بالاستيلاء ، لم يجوز لهذا الأخير أن يعيد ترتيب الأجزاء الممزقة ويصدر للصورة دون موافقة صاحبها (السين ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ٨٩) .

يدمج في مجموعة عند ظهورها ، أو يبيعه من شخص معين أو يهبه إياه ، وهكذا يكون للمؤلف الحرية التامة في اختيار وقت النشر ، ولا أحد يستطيع أن يجبره على تقديم الوقت الذي يختاره أو على تأخيرها . وله كذلك أن يعين طريقة النشر ، فقد يختار أن تمثل مسرحيته دون أن تنشر في كتاب ، أو يأذن في تحويل رواية أو قصة قام بتأليفها إلى مسرحية دون أن يأذن في تحويلها إلى مصنف سينمائي أو دون أن يأذن في إذاعتها بالراديو أو التلفزيون . وقد يختار أن يهدي مصنفه لصفوة مختارة من الناس ، دون أن يعرضه على الجمهور للبيع . وقبل أن يقرر المؤلف نشر مصنفه ، لا سبيل لأحد على هذا المصنف لأنه لم يولد بعد كمصنف تام الحلقة . ولا يستطيع دائن المؤلف أن يحجز عليه ، إذ في الحجز إرغام للمؤلف على النشر كما قدمنا^(١) . وتقرير النشر هو بمثابة شهادة الميلاد للمصنف ، فمن ذلك الوقت يوجد المصنف وتترتب عليه سائر الحقوق الأدبية وجميع الحقوق المالية .

٢٣٥ - أثر إلزام العقد للمؤلف بالنشر : وقد يتعاقد المؤلف مع عميل أو ناشر بأن يرسم صورة أو ينحت تمثالا أو يضع لحنا موسيقيا أو يؤلف كتابا ، فما هو أثر هذا التعاقد في إلزام المؤلف بالنشر ؟ يلزم المؤلف في الأصل بإنجاز العمل الذي تعهد بالقيام به ونشره عن طريق تسليمه للمتعاهد معه ، ولكن إذا اصطدم التزامه هذا بحقه الأدبي في تقرير نشر مصنفه وجب التوفيق بين الالتزام والحق ، ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن تحول قوة القاهرة دون أن يبدأ المؤلف العمل أو دون أن يتمه ، وعلى المؤلف إثبات القوة القاهرة . وفي هذا الفرض يتحال المؤلف من التزامه طبقا للقواعد العامة ، ولا يكون مسئولا حتى عن التعويض .

(الفرض الثاني) أن يبدأ المؤلف العمل ولا يتمه ، أو يتمه ولكنه لا يرضى عنه ، دون أن تكون هناك قوة القاهرة . وفي هذا الفرض يكون للمؤلف الحق

(١) انظر آتفا فقرة ٢٢٥ - وقد يعرض فنان في أحد المعارض صورة رسمها ليتعرف رأى الجمهور فيها ، ولكن دون أن يرضىها لبيع . ففي هذه الحالة لا يعتبر الفنان أنه قد نشر الصورة ، ومن ثم لا يجوز الحجز عليها (ديبوا في أنسيكلاويدي دالوز : لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٤٦) .

فى ألا يسلم العمل للمتعاقد معه ، ولا يجبر على ذلك احتراماً لحقه الأديبى فى تقرير النشر . بل هو غير مكلف فى أن يبدى الأسباب التى منعتة من البدء فى العمل ، أو منعتة من التسليم بعد أن أتم العمل . ويكفى أن ينتزع بحقه الأديبى ، وبأنه غير راض عن القيام بهذا العمل ، أو غير راض عن العمل بعد أن أتمه حتى لو كان المتعاقد معه يراه عملاً مرضياً ويعلم أنه يقبل تسلمه كما هو دون أى تهذيب وأنه يستجيب لما يطلبه كل الاستجابة . ذلك أن المؤلف يستقل بتقديره الشخصى ، فهو وحده الذى يقرر ما إذا كان يبدأ العمل ، وإذا بدأه فهو وحده الذى يقرر إذا كان العمل قد أنجز على الوجه الذى يرضاه ويليق بسمعتة ، وهذا هو معنى حقه الأديبى فى تقرير نشر مصنفه^(١) . ولكنه فى هذه الحالة يكون مسئولاً عن تعويض المتعاقد معه عن الضرر الذى أصاب هذا الأخير من جراء إخلال المؤلف بالتزامه طبقاً للقواعد العامة ، ولا يكون المتعاقد معه مكلفاً بإثبات أى خطأ فى جانب المؤلف حتى يكون مستحقاً للتعويض ، إذ يكفى أن المؤلف لم يسلمه العمل دون أن تحول قوة قاهرة دون ذلك . فالتزام المؤلف إذن هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، وعندما التزم نحو المتعاقد معه التزم التزاماً أصلياً بتسليم العمل والتزاماً بديلاً يدفع التعويض إذا اختار ذلك^(٢) .

(الفرض الثالث) أن يتم المؤلف العمل على وجه يرضيه ، ولكنه يتخذ من حتمه الأديبى تكتة لعدم التسليم . ويثبت المتعاقد معه أن الذى دفع المؤلف إلى عدم التسليم هو أنه مثلاً وجد صفقة أكثر ربحاً فآثرها على الصفقة الأولى ، وتعاقد مع شخص آخر يعلم بسبق التزامه للشخص الأول . وفى هذا الفرض يكون المؤلف قد أساء استعمال حقه الأديبى ، فلا يكون مسئولاً عن التعويض فحسب ، بل يمكن أيضاً إجباره على التنفيذ العينى . ومن ثم يستطيع المتعاقد الأول أن ينتزع العمل من يد المتعاقد الآخر ، ويعتبر التنفيذ العينى هو خير

(١) باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٩ - ٢٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى دييوا فى أنسيكروبيدى دالوز : لفظ Prop. Litt. et Art.

فقرة ٢٤٧ (حيث يذهب إلى أن التزام المؤلف هو التزام تخييرى alternative ، ونؤثر كما قررنا فى المتن أن يكون الالتزام بديلياً facultative) .

تعويض عن إساءة المؤلف لاستعمال حقه وتواطئه مع المتعاقد الآخر (١) .

٢٣٦ - (ب) هو تقرير النشر بعد موت المؤلف : تنص المادة ١٩

من قانون حماية المؤلف على ما يأتي : « إذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر إلى من يخلفونه وفقا لأحكام المادة السابقة . ولهؤلاء وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ . على أنه إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر ، وجب تنفيذ ما أوصى به » (٢) . ويتضح من هذا النص أن الذين يباشرون حقوق المؤلف الأدبية بعد موته هم ورثته والموصى لهم ، أى خلفاؤه ، فيكون لهؤلاء حق الاستغلال المالى ومباشرة الحقوق الأدبية في وقت واحد . ولا يوجد ما يمنع من أن يعين المؤلف شخصا أو أكثر بالذات ، من الورثة أو غير الورثة ، يعهد إليهم في مباشرة حقوقه الأدبية بعد موته ، لاعتبارات يرى المؤلف أنها تجعلهم أصلح من غيرهم في مباشرة هذه الحقوق .

وفيما يتعلق بحق تقرير النشر ، إذا مات المؤلف ولم يكن قد قرر بعد نشر مصنفه ، فإن خلفاءه هم الذين يقررون النشر ، ومتى يكون ، وعلى أية طريقة ، أى يباشرون نفس الحق الذى كان للمؤلف أن يباشره حال حياته . وهم هنا يستعملون الحق الأدبى إلى جانب حق الاستغلال المالى ، فإذا اختلفوا فيما بينهم في شأن من شؤون حق تقرير النشر ، جاز اللجوء إلى المحكمة الكلية للبت في هذا الشأن .

ويجب على خلفاء المؤلف أن يراعوا ما يعرفون من رغبة المؤلف في صدد حق تقرير النشر ، وإذا هو ترك لهم تعليمات صريحة وجب عليهم أن يلتزموا بالدقة اللازمة . فإذا كان قد أوصى مثلا بمنع النشر وجب عليهم أن يمتنعوا ، وأن يغلبوا حق المؤلف الأدبى على حقهم في الاستغلال المالى . وإذا هو أوصى بتعيين ميعاد للنشر ، أو بطريقة معينة للنشر ، أو بأى أمر آخر يتعلق بالنشر ،

(١) انظر في هذا المعنى ديبرا في أنسيكروبيدى دالوز : *Prop. Lit. et Art.*

فقرة ٣٤٨ .

(٢) يطابق النص المادة ١٨ في المشروع الجديد في المعنى .

وجب عليهم أن يلتزموا كل ذلك . ومن حق أى منهم ، بل من واجبه ، أن يلجأ إلى المحكمة الكلية لإلزام الباقيين بمراعاة ما أوصى به المؤلف .

ويجب عليهم ، في حالة تقرير النشر ، أن يراعوا المصلحة الأدبية للمؤلف قبل أن يراعوا مصالحهم المالية . كما يجب ، في حالة عدم تقرير النشر ، أن يكون هناك مبرر جدى لذلك ، وقد بسطت عليهم رقابة حكومية في هذا الشأن من جهة الوزير المختص كما سيلي .

٢٣٧ - مباشرة الوزير المختص لنشر المصنف عند امتناع خلفاء

المؤلف من نشره : تنص المادة ٢٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :
« إذا لم يباشر الورثة أو من يخلف المؤلف الحقوق المنصوص عليها في المادتين ١٨ و ١٩ ، ورأى وزير المعارف العمومية أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب إلى خلف المؤلف نشره بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . فإذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ، ويعرض خلف المؤلف في هذه الحالة تعويضاً عادلاً (١) . »

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « نصت المادة ٢٣ على حق وزير المعارف في الحلول محل هؤلاء (ورثة المؤلف أو خلفه) في مباشرة الحقوق المنصوص عليها بالمادتين ١٨ و ١٩ ، إذا لم يباشروا هذه الحقوق لمعجزهم أو عدم أهليتهم أو غير ذلك من الأسباب ، وكذلك إذا توفى المؤلف من غير وارث أو خلف . فيكون للوزير في هذه الحالات حق تقرير نشر المصنف الذي لم ينشر في حياة واضعه ، ما يكون له حق استغلال المؤلف استغلالاً مالياً على النحو المبين في المواد ٦ و ٧ . وقد رسم المشروع طريقة استعمال هذه الحقوق ، فنص على صورة الحصول على أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الوطنية ، ولم يغفل النص حق الورثة أو الخلف في تعويض عادل . وحكمة هذا القيد ظاهرة ، فإن في ترك المؤلفات القيمة مقبورة غير منشورة حرماناً لطلاب الثقافة من خيرها ونفعها . »

ويقابل النص المادة ٢٤ في المشروع الجديد ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا لم يباشر ورثة المؤلف أو من يخلفه الحقوق المنصوص عليها في المادتين ١٨ و ١٩ ، ورأى وزير الثقافة والإرشاد القومي أن المصلحة العامة تقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب إليهم نشره ، وذلك بكتاب موصى عاه مصحوب بعلم وصول يبين فيه المدة التي يجب أن يتم خلالها النشر . فإذا انقضى مئة يوم من تاريخ الطلب ولم يفصح خلفاء المؤلف عن استعدادهم للنشر أو صرحوا بأنهم عنه ، كان له الاستيلاء على المصنف بالطرق الإدارية ونشره . ويكون له هذا الحق أيضاً إذا استجابوا في الميعاد إلى طلب النشر ولم يتموه في المدة المحددة ، أو أتموا النشر على وجه يخل بقيمة المصنف . وكن ذلك مع عدم الإخلال بحق الورثة أو الخلف في التعويض . »

ويتضح من النص سالف الذكر أن لوزير المعارف (وقد حل الآن محله وزير الثقافة) رقابة على خلف المؤلف ، عندما يمتنعون عن نشر مصنف لم ينشر في حياة المؤلف (م ١٩) ، أو عن إعادة نشر مصنف نشر في حياته (م ١٨) . فإذا رأى الوزير أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف أو إعادة نشره ، لأن في ذلك تعميماً لحيره ونفعه بين طلاب الثقافة ، استطاع أن يصل إلى ذلك عن طريق إجراءات معينة . وتتلخص هذه الإجراءات في أن الوزير يبدأ بطلب نشر المصنف ، ويوجه هذا الطلب إلى خلف المؤلف بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويربص بعد ذلك ستة أشهر . فإذا انقضت هذه المدة ولم يباشر الخلف النشر أى لم يبدأوا فيه ، فللوزير أن يستصدر أمراً من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية بالنشر ، ويتولى هو هذا العمل على حساب الحكومة . ويكون لخلف المؤلف في هذه الحالة الحق في تعويض عادل ، تقدره المحكمة عند الخلاف .

أما في المشروع الجديد فإن المادة ٢٤ منه تنص على أحكام تبرز الفروق بينها وبين أحكام القانون الحالى فيما يأتى : (١) الطريق الذى يلجأ اليه الوزير (وهو في المشروع الجديد وزير الثقافة والإرشاد القومى) في نشر المصنف هو الطريق الإدارى لا الطريق القضائى ، فلا يلجأ إلى رئيس محكمة القاهرة ، بل يستولى على المصنف بالطرق الإدارية بعد إجراءات معينة . (٢) في المشروع الجديد ، الكتاب الذى يرسله الوزير لخلف المؤلف يحدد فيه المدة التى يجب أن يتم في خلالها النشر . (٣) في المشروع الجديد ، على خلف المؤلف أن يحددوا موقفهم في خلال ستين يوماً من تاريخ الطلب الموجه إليهم ، فإن لم يجيبوا ، أو أجابوا بالنفى ، أو استجابوا إلى طلب الوزير ولكنهم لم يتموا النشر في الميعاد المحدد ، أو أتموا النشر على وجه يخل بقيمة المصنف ، كان للوزير أن يستولى على المصنف بالطرق الإدارية ويتولى نشره .

وإذا باشر الوزير نشر المصنف بعد الإجراءات المتقدم ذكرها ، سواء في القانون الحالى أو في المشروع الجديد ، كان له أن يعيد نشره كلما جدت الحاجة إلى ذلك بعد أن يتبع نفس الإجراءات .

§ ٢ - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه

٢٣٨ - (أ) الحق في نسبة المصنف حال حياة المؤلف : تنص.

المادة ١/٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه وفي أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ... »^(١).

ويتضح من هذا النص أن للمؤلف الحق في نسبة مصنفه إليه ، فيكتب اسمه ولقبه ومؤهلاته العلمية وغير ذلك بما يعرفه للناس على كل نسخة من نسخ المصنف الذى ينشره بنفسه أو بواسطة غيره ، وفي جميع الإعلانات عن المصنف^(٢) . ويستتبع ذلك أن من يقتبس شيئا من مصنفه ، في الحدود المسموح بها ، يجب عليه أن يشير إلى اسمه وإلى المصنف . ويستوى في كل ذلك أن يكون هو المؤلف الوحيد للمصنف ، أو أن يكون مشتركا مع آخرين في تأليفه . وإذا كان المصنف عملا فنيا ، كتمثال أو صورة ، فللمؤلف أن ينقش اسمه على هذا العمل الفنى^(٣) . وإذا اختار المؤلف أن ينشر مصنفه باسم مستعار أو بغير أن يحمل اسمه ، فإن له الحق في أى وقت في أن يكشف عن شخصيته ، وأن يعلن بالطريقة المناسبة عن أنه هو المؤلف ، وقد مبيت الإشارة إلى ذلك^(٤).

وحق المؤلف في نسبة مصنفه إليه حق لا يجوز النزول عنه ، كسائر الحقوق الأدبية للمؤلف . وإذا تعهد المؤلف بألا يكشف عن شخصيته ، كان تعهده باطلا ، وجاز له في أى وقت أن يكشف عن شخصيته بالرغم من هذا التعهد .

٢٣٩ - (ب) الحق في نسبة المصنف بعد موت المؤلف : وإذا مات

المؤلف دون أن يكشف عن شخصيته ، فقد قدمنا^(٥) أنه لا يجوز تخلفه من

(١) ويتطابق النص المادة ١/٩ في المشروع الجديد ، معنى ولغظا .

(٢) ديبوا في أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. : ٣٦٦ .

(٣) وإذا نقش المهندس الممارى اسمه على البناء الذى وضع تصميمه ، جاز لملك البناء أن يحو الاسم من المكان الذى نقش فيه إذا دأى مقتضيا لذلك ، بشرط أن ينقش الاسم في مكان آخر . حل نقت (ديبوا في أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. : ٣٦٧) .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٩٤ .

(٥) انظر آنفا فقرة ١٩٤ .

بعده أن يكشفوا عن شخصيته ، ما لم يكن قد أذن لهم في ذلك قبل موته . فإن لم يكن قد أذن لهم ، وجب عليهم أن يبقوا اسمه مستورا كما اختار هو في حياته . أما إذا نسب المؤلف المصنف إلى نفسه حال حياته ابتداء أو بعد أن كشف عن شخصيته ، فلخلفه أن يباشروا هذا الحق عنه بعد موته ، فيكتبوا اسم المؤلف على كل نسخة من المصنف تنشر بعد موته ، سواء كان النشر بواسطتهم أو بواسطة غيرهم . وقد قضت المادة ٢/١٩ من قانون حماية حق المؤلف صراحة بذلك ، إذ تقول كما رأينا : « ولهؤلاء (الخلف) وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ » .

§ ٣ - حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه

٢٤٠ - (١) الحق في دفع الاعتداء حال حياة المؤلف : تنص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه ... ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك .. إلا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه »^(١) . وتنص المادة ٩ من نفس القانون على ما يأتي : « للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه ، وفي أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ، وله كذلك أن يمنع أى حذف أو تغيير في مصنفه . على أنه إذا حصل الحذف أو التغيير في ترجمة المصنف مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق في منعه ، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الفنية »^(٢) .

ويتضح من هذه النصوص أن تعديل المصنف أو تحويره أو تغييره أو الحذف منه أو الإضافة إليه ، كل هذا من حق المؤلف ، يباشره بنفسه ، أو بواسطة من يأذن له في ذلك . فإذا فعل أحد شيئا من ذلك دون إذنه ، كان في هذا

(١) يطابق النص المادة ٧ في المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتي : « للمؤلف إدخال ما يراه من التعديل أو التحوير على مصنفه ، وله ومن يخلفه أن يعهد إلى غيره بأن يباشر ذلك ... ويقع باطلا كل تصرف يرد على حقه في التعديل أو التحويره . والصان متطابقان في المعنى .

(٢) يطابق النص المادة ٩ في المشروع الجديد ، معنى ولفظا .

اعتداء على حقه الأدبي ، وكان له أن يمنع هذا الاعتداء ، فيمنع أى حذف أو تغيير يقع بغير إذنه^(١) .

ولكن سلطة المؤلف في منع الحذف من مؤلفه والتغيير فيه — كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع الجديد — « سلطة مقيدة في حالة ترجمة المصنف . إذ في هذه الحالة لا يجوز للمؤلف ، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٩ ، أن يمنع ما قد يحدث عند ترجمة مصنفه من تغيير فيه وحذف منه ، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف أو مكانته الفنية . وهذا حكم عادل من شأنه ألا يحول بين المترجم وما تقتضيه الترجمة من التصرف في المصنف بنوع من الحذف أو التغيير فيه ، فأجيز ذلك بشرطين روعى فيهما مصاحبة المؤلف ، وهما شرط ذكر موطن الحذف أو التغيير ، وشرط ألا يكون من شأنهما المساس بسمعة المؤلف أو مكانته الأدبية . »

وكالترجمة أى اشتقاق آخر من المصنف ، كتحويل القصة إلى مسرحية أو إلى فيلم سينمائي ، فإن هذا يقتضى شيئاً من الحرية في التعديل والتغيير والتحويل يجب أن يسمح به لمن يقوم بهذا العمل ، في حدود ماتتوجه أصول الفن المتعارف عليها^(٢) .

(١) ويجب على الناشر إذا تولى طبع المصنف أن يطبعه دون أى تغيير فيه . حتى لو اعتقد أن التغيير هو لمصلحة المصنف ، إذ عليه في هذه الحالة أن يستأذن المؤلف . ولا يجوز لناشر حذف أية عبارة من المصنف ، حتى لو كانت هذه العبارة قدفا يستوجب المسئولية ، إذ عليه في هذه الحالة أن يستأذن المؤلف في حذفها ، فإن لم يقبل طلب بطلان العقد لمخالفة للنظام العام (ديبوا في أنسيكلوبيدي دالورز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٥٦ — فقرة ٣٥٧) . وحق المؤلف هذا لا يجوز النزول عنه ، كما هو الأمر في سائر حقوق المؤلف الأدبية . ومن ثم يكون ترخيص المؤلف مقدما لناشر في إجراء أى تعديل يري إدخاله على المصنف باطلا ، إذ يجب تحديد مواطن التعديل وماهية بالدقة (ديبوا في أنسيكلوبيدي دالورز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. ٣٦٢) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٢ — ولكن المسموح به هو ما يدخل في حدود ماتتوجه أصول الفن ، ويكون باطلاً إذن ترخيص المؤلف مقدما في إدخال أى تعديل على مصنفه عند تحويله إلى فيلم سينمائي (ديبوا في أنسيكلوبيدي دالورز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٦٣ — وانظر عكس ذلك ، أن هذا الترخيص يكون صحيحا بين ٢٦ يوليو سنة ١٩٣٣ دالورز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٥٣٣) .

٢٤١ - (ب) الحق في دفع المصنف بعد موته المؤلف : فإذا مات

المؤلف ، تولى خلفاؤه ، عنه مباشرة حق دفع الاعتداء عن مصنفه . فإذا أدخل أحد تغييراً أو تحويراً أو حذفاً أو إضافة على المصنف ، كان لهم بل عليهم أن يدفعوا هذا الاعتداء . وذلك في غير ما تقتضيه الضرورة فيما قدمناه متعلقاً بترجمة المصنف أو بتحويله أو بالاشتقاق منه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٩ ، كما رأينا . على حق خلفاء المؤلف في مباشرة حقه في دفع الاعتداء عن مصنفه بعد موته . إذ تقول : « ولهؤلاء (الخلف) وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ » . ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٧ تنص ، كما رأينا . على أن « للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه » ، فالظاهر أن خلفاء المؤلف لا يباشرون هذا الحق إلا في حدود الإذن للغير في الترجمة أو التحويل أو الاقتباس أو فيما تقتضيه الضرورة من جعل المصنف متمشياً مع أحدث ما استجد من تطور في العلم . أما أن يقوموا هم بأنفسهم بتعديل المصنف أو تحويره في غير ضرورة ، فيبدو أن هذا محرم عليهم كما هو محرم على غيرهم . إذ أن ذلك هو حق شخصي للمؤلف وحده حال حياته^(١)

§ ٤ - حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول

٢٤٢ - (أ) الحق في سحب المصنف حال حياة المؤلف : تنص

المادة ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف وحده ، إذا طرأت أسباب خطيرة ، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي . ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدماً من آلت حقوق الاستغلال المالي إليه تعويضاً عادلاً . يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم »^(٢) .

(١) قارن مع ذلك لإسماعيل غانم في النظرية العامة للحق من ٦٣ (ويذهب إلى أن للورثة الحق في إدخال التعديلات على مصنف مورثهم) . وقارن كذلك في هذا المعنى حـن كيرة في أصول القانون من ٦٦٣ - منصور مصطفى منصور في المدخل للعالم القانونية من ٨٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد « والدوافع فضلاً عن ذلك حق سحب -

ويتضح من هذا النص أنه . كما أن للمؤلف حق تقرير نشر مصنفه ، كذلك يكون له حق سحب من التداول بعد أن قرر نشره (١) . ويجب أن يستند في سحب مصنفه إلى أسباب خطيرة . أى أسباب جدية من شأنها أن تبرر السحب . لا إلى أسباب وهمية أو أسباب ترجع إلى المزاج والملاءمة . ذلك أن المصنف ، بعد نشره ، تتعلق به عادة حقوق للغير كالناشر . فمسح المصنف والإضرار بهذه الحقوق يجب أن يورده حق أدبي للمؤلف أقوى من الحق المالى الذى للغير . وإذا وقع خلاف في جدية الأسباب أو في كفايتها ، تولى القضاء (المحكمة الابتدائية) حسم النزاع في ذلك . وقد يكتفى المؤلف ، بدلا من سحب المصنف ، بإدخال التعديلات الجوهرية التى يرى ضرورة إدخالها عليه . وتضرب المذكرة الإيضاحية مثلا لسبب أدبي خطير يبرر سحب المصنف فتقول : « فقد يضع الكاتب مؤلفه متأثراً برأى استحوذ عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصي والاطلاع أنه قد جانب الصواب في هذا وقد يكون موضوع المصنف خطيراً هاما . في مثل هذه الحالة تنقطع الصلة بين المصنف وواضعه ، فلم يعد معبراً عن حقيقة آرائه . بل لعل وجود المصنف على هذه الصورة يفض من شخصيته ويؤذى سمعته » . وقد يرى المؤلف ، بعد نشر مصنفه والاطلاع على آراء النقاد فيه . أن المصنف قد أحدث أثراً سيئاً أضر بسمعته أو بمكانته الأدبية . من الناحية الدينية أو الناحية

المصنف من التداول أو تعديله تعديلاً جوهرياً رغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالى ، وذلك إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة تدعو إلى ذلك (م ٤٢) . فقد يضع الكاتب مؤلفه متأثراً برأى استحوذ عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصي والاطلاع أنه قد جانب الصواب في رأيه هذا وقد يكون موضوع المصنف خطيراً هاما . في مثل هذه الحالة تنقطع الصلة بين المصنف وواضعه ، فلم يعد معبراً عن حقيقة آرائه ، بل لعل وجود المصنف على هذه الصورة يفض من شخصيته ويؤذى سمعته . ولمواجهة أمثال هذه الحالات قرر المشروع حق المؤلف في سحب هذا المصنف من التداول . ولم يغفل العقد المبرم بين المؤلف والناشر ، فنص إلى جانب حق المؤلف في سحب المصنف من التداول على تعريض الناشر تعريضاً عادلاً ، وهو كل ما يفي به من وراء هذا العقد .

ويقابل النص المادة ٤٣ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان في المعنى (غير أن المشروع الجديد ينص على جواز تقديم المؤلف كفيلاً بالتعويض لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالى) ، ويكادان يتطابقان في اللفظ .

الأدبية أو الناحية الفنية أو أية ناحية أخرى . فبرى من الضروري أن يسحب المصنف أو أن يدخل فيه تعديلات جوهرية .

ومنى أقر القضاء المؤلف على سحب المصنف . قدر تعويضاً عادلاً للناشر أو للغير الذى تعلق له حق مالى بالمصنف ، ويجب أن يدفع المؤلف هذا التعويض مقدماً قبل سحب المصنف بالفعل . وقد يحدد القاضى أجلاً للدفع . وقد يطلب كفيلاً يضمن المؤلف . فإذا لم يدفع المؤلف التعويض فى الأجل المحدد ، زال أثر الحكم القاضى بالسحب ، ويعود المصنف مرة أخرى إلى التداول .

ويسرى حكم السحب على أى مصنف توجد أسباب مبررة لسحبه . كما إذا كان تمثالا أو صورة فنية ولاحظ الفنان بعد أن باع عمله أن فيه عيباً فنيا يحط من منزلته ومكانته . فمن حقه أن يسترده من المشتري ويرد إليه الثمن الذى تقاضاه منه مع التعويض إن كان له مقتضى . كما أن من حقه دون أن يسترده أن يصاح العيب الذى لاحظته فيه دون أن يطلب مقابلاً لذلك من المشتري^(١) .

٢٤٣ — (ب) الحق فى سحب المصنف بعد موت المؤلف : ويبدو أن الحق فى سحب المصنف حق شخصى محض للمؤلف نفسه . لا ينتقل منه بعد موته إلى خلفائه . فالمؤلف وحده هو الذى يستطيع أن يقدر الأسباب التى تبرر السحب . فإذا مات لم يكن لخلفائه أن يطلبوا سحب المصنف بعد أن يكون قد نشر وتعلقت به حقوق الغير المالية . ولو كان ذلك فى مقابل تعويض يدفعه الخلفاء لأصحاب الحقوق المالية . ويرجع ذلك إلى طبيعة الحق فى السحب بناء على الاعتبارات التى قدمناها . ولعل هذا هو السبب الذى دعا المشرع أن يقول كما رأينا فى صدر المادة ٤٢ المتعلقة بحق السحب : « للمؤلف وحده ... أن يطلب من المحكمة ... » . كذلك لم تذكر الفقرة الثانية من المادة ٩ . وهى التى تشير إلى النصوص المتعلقة بحقوق المؤلف الأدبية التى يجوز لأخلف مباشرتها

(١) انظر فى أن القضاء الفرنسى لا يجوز سحب المصنفات الفنية مادام مؤلف المصنف

اللقى قد سحب من له الحق فيه ديبواى أن يكملوا بى دالوز : لفظ Prop. Lit. et Art.

بعد موت المؤلف . المادة ٤٢ سالفه الذكر المتعلقة بحق السحب بين هذه النصوص .

المبحث الثاني

طرق حماية حقوق المؤلف

٢٤٤ - نظام حماية حقوق المؤلف من حيث الظاهر ومن حيث

الزمامه : تنص المادة ٤٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :
 « تسرى أحكام هذا القانون على مصنفات المصريين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في مصر . وكذلك على مصنفات المؤلفين المصريين التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي . أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي ، فلا يحجبها هذا القانون إلا إذا كانت محمية في البلد الأجنبي . وبشرط أن يشمل هذا البلد الرعايا المصريين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو الممثلة أو المعروضة لأول مرة في مصر وأن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي^(١) . »
 ويتضح من هذا النص أن قانون حماية حق المؤلف يسرى : (أولاً) على المصنفات التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في مصر ، سواء كان المؤلف مصرياً أو أجنبياً ، وقد أخذ هنا بالمعيار الإقليمي . (ثانياً) على المصنفات التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي ، إذا كان المؤلف مصرياً ، وقد أخذ هنا بالمعيار الشخصي . (ثالثاً) بقيت المصنفات التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي لمؤلف أجنبي ، وهذه طائفة هامة من المصنفات ، وأكثر ما ينتقل عنه في مصر هي هذه المصنفات التي ألفها الأجانب ونشروها في بلادهم . وهذه لا يحجبها القانون المصري إلا بالشروط الآتية :
 (١) أن يكون قانون البلد الأجنبي الذي نشر فيه المصنف يحمي هذا المصنف ،

(١) يقابل النص المادة ٥٠ في المشروع الجديد . والنصان متطابقان في المعنى (فيما عدا أن

المشروع الجديد لا يحمي مصنف المؤلف الأجنبي الذي نشر في بلد أجنبي إلا لمدة لا تتجاوز المدة المنصوص عليها في المشروع الجديد) : ويكادان يتطابقان في اللفظ .

حتى لا يقع أن المصنف لا يكون محميا في بلده ومع ذلك يحمي في مصر .
 (٢) أن يحمي قانون هذا البلد الأجنبي في بلده مصنفات المصريين التي تنشر في مصر ، حتى تكون هناك معاملة بالمثل ، فلا يحمي القانون المصري في مصر مصنفات لأجنبي ما لم يكن قانون هذا الأجنبي يحمي مصنف المصري في البلد الأجنبي . (٣) أن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي . فقد يتبع البلد الأجنبي بلاد عربية فلا بد أن تمتد حماية مصنفات المصريين إلى هذه البلاد العربية . وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « وأن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي . وذلك لأن المصنف العربي قد لا يكون معروفا في دولة أجنبية ، إلا أنه معروف في البلاد التابعة لها ، فروى حماية المؤلفين المصريين في الدول ذات الصبغة العربية التابعة للدولة الأجنبية التي تخضع لهذا السبب لتشريع هذا البلد الأجنبي » .

وتنص المادة ٥٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « مع عدم الإخلال بأحكام المادة السابقة . تسري أحكام هذا القانون على كل المصنفات الموجودة وقت العمل به . على أنه بالنسبة لحساب مدة حماية المصنفات الموجودة ، يدخل في حساب هذه المدة الفترة التي انقضت من تاريخ الحادث المحدد لبدء سريان المدة إلى تاريخ العمل بهذا القانون . وتسري أحكام هذا القانون على كل الحوادث والاتفاقات التالية لوقت العمل به . ولو كانت متعلقة بمصنفات نشرت أو عرضت أو مثلت لأول مرة قبل ذلك . أما الاتفاقات التي تمت قبل العمل بهذا القانون ، فلا تسري عليها أحكامه ، بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التي كانت سارية المفعول وقت تمامها » (١) . ويتضح من هذا النص أن

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد الفقرة الأخيرة من المادة ما يأتي : « أما الاتفاقات التي تمت قبل العمل بالقانون ، فلا تسري عليها أحكامه ، بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التي كانت نافذة وقت عقدها . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٣٩ الخاصة بنصيب المؤلف في الأرباح الناتجة عن استغلال المصنف زيادة على ما تم الاتفاق عليه إذا كان هذا الاتفاق غير عادل أو لم تراعى في تقديره ظروف لم تكن في الحسبان » . والمادة ٣٩ التي تشير إليها المذكرة الإيضاحية لا تعرض لما تنسب إليها هذه المذكرة ، وهذا هو نصها : « تصرف المؤلف في حقوقه في المصنف . سواء كان كاملا أو جزئيا ، يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الاستغلال أو بطريقة جزائية » . والنص الذي يورد الأحكام التي تنسبها المذكرة الإيضاحية للمادة ٣٩ هو نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من المشروع الجديد (لا من القانون -

تطبيق قانون حماية حق المؤلف . من حيث الزمان . تسرى عليه القواعد العامة . ونميز في هذا التطبيق بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المؤلف حيا وقت نفاذ قانون حماية حق المؤلف في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ (١) : وفي هذا الفرض تسرى على مصنفاته أحكام القانون . سواء نشرت هذه المصنفات منذ ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ أو نشرت قبل ذلك . ففي جميع الأحوال تحمي مصنفاته طول حياته . وتبقى محمية بعد وفاته لمدة خمسين سنة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، وكذلك تبقى محمية فيما يتعلق بالحق الأدبي إلى ما بعد خمسين سنة إلى أن تطرح المصنفات في زوايا النسيان كما سبق القول . فالمؤلف الذي كان حيا في يوم ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ . ومات في سنة ١٩٦٠ مثلا ، تكون مصنفاته التي نشرت قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ . وكذلك تلك التي نشرت منذ هذا التاريخ إلى يوم وفاته في سنة ١٩٦٠ . محمية طول حياته إلى سنة ١٩٦٠ ، وتبقى محمية خمسين سنة بعد ذلك أي إلى سنة ٢٠١٠ من ناحية الاستغلال المادي ، وإلى ما بعد ذلك من ناحية الحق الأدبي - (الفرض الثاني) أن يكون المؤلف قد مات قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ : وفي هذا الفرض تحمي جميع مصنفاته ، أيا كان تاريخ نشرها وكلها قد نشرت بداهة قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ ، إلى مدى خمسين سنة من وقت وفاته . فإذا فرضنا أنه توفي في سنة ١٩٤٠ فإن مصنفاته تبقى محمية إلى سنة ١٩٩٠ ، أو توفي في سنة ١٩٣٢ فإن مصنفاته تبقى محمية إلى سنة ١٩٨٢ ، أو توفي في سنة ١٩٠٠ فإن مصنفاته تكون قد آلت إلى الملك العام إذ يكون قد مضى في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ أكثر من

(- الحال) ، ويقضى كما رأينا بما يأتي : « ومع ذلك فإذا تميز أن الاتفاق كان مجعفا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يقضى للمؤلف ، علاوة على ما اتفق عليه ، بحجزه من الربيع الصافي الذي ينجم من استغلال المصنف » . فغير مفهوم إذن ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون الحالي ، إلا إذا فرضنا أن مشروع القانون الحالي كان قد تضمن نصا مماثلا للمادة ٢/٤٠ من المشروع الجديد ، وحذف قبل أن يصبح المشروع قانونا .

وما وتطابق المادة ٥٠ من القانون الحالي المادة ٢ من قانون إصدار المشروع الجديد في المعنى ، وتكاد تطابقه في اللفظ .

(١) جاء في قانون الإصدار لقانون حماية حق المؤلف : « ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية » . وقد نشر في الجريدة المصرية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ في العدد ٤٩ مكرر .

خمين سنة من وقت وفاة المؤلف^(١) . وهذا من ناحية الاستغلال المادى ، أما من ناحية الحق الأدبى فتبقى المصنفات محمية إلى أن تطرح فى زوايا النسيان كما قدمنا .

وجميع الاتفاقات كعقد النشر ، أو الحوادث كتحويل رواية إلى مسرحية أو إلى فيلم سينمائى ، التى تكون قد وقعت منذ ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٢ تسرى عليها أحكام القانون ، حتى لو كانت متعلقة بمصنفات نشرت قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ . أما الاتفاقات والحوادث التى وقعت قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ عن مصنفات نشرت قبل هذا التاريخ طبعا ، فتسرى عليها الأحكام القانونية التى كانت سارية المفعول وقت وقوع الاتفاقات والحوادث . وهذه الأحكام لم تكن أحكاما مسنونة ، بل هى الأحكام التى صدرت من القضاة الوطنى والمختلط فى حماية حق المؤلف .

(١) وإذا قدر لمشروع الجديد أن يصير قانونا ، ومدة الحماية فيه هى كما رأينا خمس وعشرون سنة بدلا من خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف ، فنرى أن الانتقال من القانون الحالى إلى القانون الجديد يكون على الوجه الآتى : (أولا) إذا كان المؤلف حيا وقت نفاذ القانون الجديد ، فإنه يكون محميا فى جميع مصنفاته ، أيا كان تاريخ نشرها ، المدة الباقية من حياته وخمس وعشرين سنة من يوم وفاته . (ثانيا) إذا كان قد مات وقت نفاذ القانون الجديد ، فإنه يكون محميا فى جميع مصنفاته لمدة خمسين سنة من وقت وفاته - وهى المدة التى كان محميا فيها بموجب القانون الذى كان نافذا وقت وفاته - بشرط ألا تزيد مدة الحماية على خمس وعشرين سنة من وقت نفاذ القانون الجديد . فإذا فرضنا أن المشروع الجديد أصبح قانونا فى سنة ١٩٧٠ ، فإن مدة حماية المؤلفين الذين يكونون قد ماتوا قبل هذا التاريخ لا يجوز أن تتجاوز سنة ١٩٩٥ . وعلى ذلك إذا كان المؤلف قد مات فى سنة ١٩٦٠ أو فى سنة ١٩٥٠ ، فإنه يبقى محميا فى الحالين إلى سنة ١٩٩٥ ، بالرغم من أن حياته لم تستغرق خمسين سنة من وقت وفاته إذ أن الحد الأقصى للحماية هو سنة ١٩٩٥ كما قدمنا . أما إذا كان قد مات فى سنة ١٩٣٢ ، فإنه يبقى محميا إلى سنة ١٩٨٢ أى إلى مدة خمسين سنة من وقت وفاته ، لأنه لا يكون قد جاوز هذه المدة الحد الأقصى وهو سنة ١٩٩٥ . ويلاحظ فى كل ذلك أنه لا يجوز ، فى المشروع الجديد ، أن يقل مجموع مدة الحماية فى جميع الأحوال عن خمسين سنة من وقت أول نشر للمصنف .

ونحن فى هذا إنما نقيس على حالة ما إذا قرر نص جديد مدة للتقادم أقصر من المدة التى كان النص القديم قد قررها ، فإن المادة ٨ مدنى تنص فى هذا الصدد على ما يأتى : ١٥ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى .

وننتقل الآن إلى طرق حماية حق المؤلف . وهناك طريقان : الطريق المدني والطريق الجنائي .

المطلب الأول

الطريق المدني

٢٤٥ — التنفيذ العيني والتعويض : عند الإخلال بحقوق المؤلف التي بسطناها فيما تقدم ، يكون للمؤلف ، إذا سلك الطريق المدني ، حق طلب التنفيذ العيني وحق طلب التعويض .

§ ١ — التنفيذ العيني

٢٤٦ — الإجراءات التحفظية السابقة على التنفيذ العيني : تنص المادة

٤٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :

« لرئيس المحكمة الابتدائية ، بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه ، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة ، أن يأمر بالإجراءات التالية ، بالنسبة لكل مصنف نشر أو عرض بدون إذن كتابي من المؤلف أو من يخلفه بالخالفه لأحكام المواد ٦ و ٧ (فقرة أولى) من القانون » .

« أولا — إجراء وصف تفصيلي للمصنف » .

« ثانيا — وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته » .

« ثالثا — توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه (كتب كانت أو صورا أو رسومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواح أو تماثيل أو غير ذلك) ، وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف » .

« رابعا — إثبات الأداء العلني بالنسبة لإيقاع أو تمثيل أو إلقاء مصنف

بين الجمهور ، ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا » .

« خامسا — حصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير يندب

لذلك إن اقتضى الحال ، وتوقيع الحجز على هذا الإيراد في جميع الأحوال » .

« ولرئيس المحكمة الابتدائية في جميع الأحوال أن يأمر بئدب خبر
 لمعاونة المحضر الكلف بالتنفيذ ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة » .
 « ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة المختصة في خلال الخمسة
 عشر يوماً لصدور الأمر ، فإذا لم يرفع في هذا الميعاد زال كل أثر له » (١) .
 ويتضح من هذا النص المفصل أن المشرع وضع في يد المؤلف سلاحاً
 فعالاً لحماية حقوقه ، فهو لا ينتظر حتى تفصل المحكمة في أصل النزاع بينه
 وبين من اعتدى على هذه الحقوق . وقد ينتظر طويلاً . وقد تضع عليه
 الفرصة وهو في هذا الانتظار . بل أجاز المشرع له أن يلجأ في الحال - بمجرد
 وقوع الاعتداء على حقوقه بأن نشر مصنفه أو عرض بغير إذنه الكتابي مثلاً (٢) ،
 أو بأن ترجم إلى لغة أخرى دون أن يأذن كتابياً في ذلك . أو بأن اعتدى أحد
 على حقوقه التي بسطناها فيما تقدم بأية صورة من صور الاعتداء - إلى رئيس
 المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها موطن المعتدى بعريضة يستصدر أمراً عليها
 بإجراءات تحفظية سريعة فعالة . وليس المؤلف وحده هو الذي يستطيع أن
 يفعل ذلك ، بل يستطيعه كل من انتقلت إليه حقوق المؤلف من ناشر أو وارث
 أو موصي له .

وهذه الإجراءات التحفظية نوعان : (١) نوع يقصد منه وقف الضرر
 الذي أخذ ينجم من الاعتداء على حقوق المؤلف ، أي وقف الضرر مستقبلاً .
 وهذا النوع يشتمل على الإجراءات الآتية : إجراء وصف تفصيلي للمصنف ،
 ووقف نشر المصنف أو عرضه (إذا كان مسرحية مثلاً أو فيلماً سينمائياً أو تمثالاً)
 أو صناعته (إذا كان أسطوانات مثلاً) ، وإثبات الأداء العلني بالنسبة إلى

(١) يقابل النص المادة ٤٤ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ، فيما عدا أن
 نص المشروع الجديد يقضى بالآ تسري على هذه الإجراءات أحكام قانون المرافعات في المواد المدنية
 والتجارية الخاصة بساعات الإعلان وأيام العطلات .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الطبعة التي
 أخرجها الطاعن مقلدة من الطبعة التي أخرجها المطعون ضده تقليداً تاماً وهو أمر لا يقره
 القانون ، فإن من شأن نشر الطاعن لطبعته وطرحها للبيع في السوق منافسة كتاب المطعون ضده ،
 وهي منافسة لا شك في عدم شرعيتها . ولا ينفي قيام هذه المنافسة غير المشروعة أن يكون الماعون
 ضده قد اعتزل مهنة الطباعة والنشروصن أعماله فيها ، مادام كتابه ما زال مطروحاً للبيع في السوق
 (نقض مدني ٧ يولييه سنة ١٩٦٤ - مرة أ.ك.ال.ن.ق. ١٠٠ - ١٠١ - ١٠٢)

إيقاع أو تمثيل أو إلقاء مصنف بين الجمهور ومنع استسرار العرض التام أو حفظه مستقبلاً . (٢) ونوع يقصد منه حصر الضرر الذي وقع فعلاً من جراء الاعتداء . واتخاذ إجراءات من شأنها المحافظة على حقوق المؤلف في نحو هذا الضرر . وهذا النوع يشتمل على الإجراءات الآتية : توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه (كتباً كانت أو صوراً أو رسومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواحاً أو تماثيل أو غير ذلك) وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه (مثل الإكليشبات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك) بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف (فلا يحجز على المطبعة ولا على الحروف غير المجموعة ولا على الورق) . وحصر الإبراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير ينتدب لذلك إن اقتضى الحال وتوقيع الحجز على هذا الإبراد في جميع الأحوال .

ومجوز لرئيس المحكمة الابتدائية ، في جميع ما تقدم ذكره ، أن يندب خبيراً لمعاونة المحضر المكلف بتنفيذ الإجراءات التي أصدر بها رئيس المحكمة أمراً على العريضة المقدمة إليه . ومجوز له كذلك أن يفرض على المؤلف أو خلفه أن يودع كفالة مناسبة يقدرها رئيس المحكمة .

ومتى صدر أمر من رئيس المحكمة للمؤلف أو خلفه بالإجراءات المتقدم ذكرها ، كان على المؤلف أو الخلف ، في خلال خمسة عشر يوماً من صدور أمر رئيس المحكمة ، أن يرفع أصل النزاع إلى المحكمة المختصة . فإذا لم يفعل . أو تأخر عن الميعاد ، زال كل أثر للأمر ، وعاد كل شيء إلى أصله . وبطل الحجز ، وعاد النشر والعرض إلى ما كان عليه قبل صدور الأمر .

٢٤٧ - التظلم من الأضرار بالاجراءات التحفظية : تنص

المادة ٤٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « يجوز لمن صدر ضده الأمر أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة الآمر ، وفي هذه الحالة لرئيس المحكمة ، بعد سماع أقوال طرفي النزاع ، أن يقضى بتأييد الأمر ، أو إلغائه كلياً أو جزئياً ، أو بتعيين حارس تكون مهمته إعادة نشر أو عرض أو صناعة أو استخراج نسخ للمصنف محل النزاع على أن يودع الإبراد الناتج في خزانة

المحكمة إلى أن يفصل في أصل النزاع من المحكمة المختصة^(١) .
 ويتضح من هذا النص أن من نسب إليه المؤلف الاعتداء على مصنفه .
 ولم يكن قد سمعت أقواله وقت أن استصدر المؤلف أمرا من رئيس المحكمة
 بالإجراءات التحفظية المتقدمة الذكر ، يجوز له أن يتظلم من هذا الأمر أمام
 رئيس المحكمة نفسه . وبعد أن يسمع رئيس المحكمة أقوال كل من الطرفين ،
 يصدر حكما في التظلم المرفوع أمامه على أحد الوجوه الآتية : (١) تأييد الأمر
 السابق الصادر بالإجراءات التحفظية . (٢) إلغاء الأمر السابق في كل الإجراءات
 التحفظية التي صدر بها أوفى بعض هذه الإجراءات . (٣) العدول عن الأمر
 السابق إلى طريقة وضع الحراسة على المصنف محل النزاع . ويعين رئيس
 المحكمة في هذه الحالة حارضا يقوم بإعادة نشر المصنف واستخراج نسخ منه أو
 إعادة عرضه . وما ينتج من الإيراد يودعه الحارس خزانة المحكمة ، إلى أن
 يفصل في أصل النزاع من المحكمة المختصة . وفي جميع الأحوال يعتبر الحكم
 الصادر في التظلم حكما قضائيا حل فيه رئيس المحكمة محل المحكمة الابتدائية ،
 ولذلك يجوز استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف^(٢) .

٢٤٨ - الحكم في أصل النزاع : وقد قدمنا^(٣) أن المؤلف أو خلفه ،

(١) يقابل النص المادة ٥٥ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ، ويكادان
 يتطابقان لفظا .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في التظلم المرفوع طبقا لحكم المادة ٤٤
 من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ - وهو تقرير لحكم المادة ٣٧٥ مرافعات - يعتبر حكما
 قضائيا حل به القاضى الأمر محل المحكمة الابتدائية ، وليس مجرد أمر ولائى ، ولذلك يكون رفع
 الاستئناف عن الحكم الصادر من رئيس المحكمة في التظلم إلى محكمة الاستئناف . ولا يمنع من هذا
 النظر ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ من أن رئيس المحكمة الابتدائية
 يحكم في التظلم بصفته قاضيا للأمور المستعجلة ، وذلك أن هذا الوصف لا يتفق ونص من القانون
 المذكور التي تفيد بحكم مطابقتها لأصول الأحكام العامة للأوامر على المرائض أن ما عهد به المشرع
 إلى رئيس المحكمة هو من نوع ما عهد به إلى قاضى الأمور الوقتية . ولئن كان القاضى الأمر (رئيس
 المحكمة) ، وهو يصدد نظر التظلم في أمر الحجز ، لا يستطيع أن يمس موضوع الحق ، إلا أن ذلك
 لا ينبغي أن يحجب عن استظهار مبلغ الجد في المنازعة المروضة ، لا ليفصل في الموضع ، بل
 ليفصل فيما يبدو له أنه وجه الصواب في الإجراء المطلوب ، دون أن يبنى حكمه على مجرد الشبهة
 (نقض مدق ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٢ - مجموعة الأحكام القضائية ١٣ رقم ١٧٢ ص ١٩٠٢) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٤٦ .

متى صدر له أمر بالإجراءات التحفظية السابق ذكرها ، يجب عليه في خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر ، أن يرفع أصل النزاع أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد في دائرتها موطن المدعى عليه . فإذا ما طرح أصل النزاع أمام المحكمة المختصة ، فإن المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتي : « يجوز للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع ، بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه ، أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذي نشر بوجه غير مشروع ، والمواد التي استعملت في نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر . ولما أن تأمر بتغيير معالم النسخ أو الصور أو المواد ، أو جعلها غير صالحة للعمل . وذلك كله على نفقة الطرف المسئول ... » (١) .

ويتضح من هذا النص أن محكمة أصل النزاع ، إذا وجدت المؤلف أو خلفه على حق فيما ادعاه ، قضت له بالتنفيذ العيني . ومعنى التنفيذ العيني هنا هو تنفيذ التزام من اعتدى على حق المؤلف عينا ، فتزيل المحكمة كل أثر للاعتداء . ومن ذلك أن تأمر بإتلاف نسخ المصنف المعتدى عليه أو صورته التي نشرت بوجه غير مشروع حتى تخرجها عن التداول ، وأن تأمر بإتلاف المواد التي استعملت في نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر ، فتأمر بإتلاف الإكليشيات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك . ومن ذلك أن تأمر بتغيير معالم الصور أو النسخ أو المواد ، أو جعلها غير صالحة للعمل ، وذلك لمنعها من التداول بحالتها . وجميع ما تأمر به من ذلك يكون تنفيذه على نفقة الطرف المسئول ، لأنه هو المتسبب فيما وقع . هذا إلى أنه يجوز للمحكمة ، فوق ذلك ، أن تحكم بالتعويض على المعتدى إذا كان هناك مقتض للحكم بالتعويض .

وإذا وجدت المحكمة أن المؤلف أو خلفه ليس على حق فيما ادعاه ، قضت برفض الدعوى . وبإلغاء الإجراءات التحفظية التي أمر بها رئيس المحكمة من قبل . وحكمت بالمصروفات على المؤلف أو خلفه .

٢ - التعويض

٢٤٩ - مادت ٢٤٩ : على أن هناك حالات ثلاثا يحكم فيها القاضي

(١) يقابل النص المادة ٤٦ / ٢١ في المشروع الجديد ، . الزمان متطابقان معنى ولفظا

بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني . وهذه الحالات هي : (١) إذا كان حق المؤلف ينقضى بعد مدة تقل عن سنتين . (٢) إذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف إلى اللغة العربية . (٣) إذا كان النزاع المطروح خاصا بحقوق المؤلف المعنوية .

٢٥٠ - الحان الأولى - من المؤلف ينقضى بعد مدة تقل عن

سنتين : ينص الجزء الأخير من الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « على أنه يجوز للمحكمة . إذا كان حق المؤلف ينقضى بعد فترة تقل عن سنتين ابتداء من تاريخ صدور الحكم ، وبشرط عدم الإخلال بحقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد ١/٥ و ١/٧ و ١/٩ ، أن تستبدل الحكم بتثبيت الحجز التحفظي على هذه الأشياء . وفاء لما تقضى به للمؤلف من تعويضات . بالحكم بإتلاف أو تغيير المعالم » . وتنص المادة ٣/٤٥ على ما يأتي : « وفي كل الأحوال يكون للمؤلف بالنسبة لدينه الناشئ عن حقه في التعويض امتياز على صافي ثمن بيع الأشياء وعلى النقود المحجوز عليها . ولا يقدم على هذا الامتياز غير امتياز المصروفات القضائية والتي تنفق لحفظ وصيانة تلك الأشياء ولتحصيل تلك المبالغ »^(١).

ويتضح من هذه النصوص أنه يجوز للقاضي . بدلا من الحكم بالتنفيذ العيني وإتلاف الأشياء أو تغيير معالمها . الاكتفاء بالحكم بتعويض المؤلف أو خلفه عما أصابه من الضرر بسبب الاعتداء على حقه المالي في استغلال مصنفه . فيقدر القاضي قيمة التعويض الواجب دفعه . ويقضى في الوقت ذاته بتثبيت الحجز التحفظي على الأشياء والنقود المحجوز عليها . فيتقاضى المؤلف أو خلفه التعويض المحكوم به من النقود التي حكم بتثبيت الحجز عليها (وهي الإيراد الناتج من النشر أو العرض والذي سبق الأمر بالحجز عليه) . ومن ثمن الأشياء التي حكم بتثبيت الحجز عليها (نسخ المصنف والمواد التي تستعمل في إعادة النشر) . وحق المؤلف في تقاضى التعويض من النقود وثن الأشياء

(١) تقابل هذه النصوص المادة ٢/٤٦ أولا و ٣ في المشروع الجديد . وتتطابق النصوص

حق ممتاز يتقدم على حقوق الدائنين الآخرين ، فيما عدا المصروفات القضائية ومصروفات الحفظ والصيانة والتحصيل .

ولكن يلاحظ في ذلك أمور ثلاثة : (١) أنه يشترط للحكم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني أن يكون حق المؤلف المعتدى عليه لم يبق لانقضائه إلا مدة أقل من سنتين . إذ تكون قلة المدة الباقية لحماية حق المؤلف في هذه الحالة مبرراً للحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني ، وهذا أجدى على كل من المؤلف والمعتدى . (٢) أن الحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني ، حتى إذا كانت المدة الباقية للحماية أقل من سنتين ، جوازي لا وجوبي . فيجوز للقاضي إذن ، حتى في هذه الحالة ، أن يحكم بالتنفيذ العيني وبإتلاف الأشياء أو تغيير معالمها ، إذا كان هناك في ظروف القضية ما يبرر ذلك . (٣) أنه يجب الحكم بالتنفيذ العيني فيما إذا كان الاعتداء واقعا على الحق الأدبي للمؤلف ، من حق تقرير الذشر وحق نسبة المصنف إلى المؤلف وحق المؤلف وحده في إدخال ما يرى على مصنفه من تعديل أو تحوير ومنع أى حذف أو تغيير في مصنفه .

٢٥١ - الحان الثانية - النزاع المطروح خاص بترجمة مصنف إلى

اللغة العربية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « وكذلك لا يجوز الحكم بالإتلاف أو تغيير المعالم . إذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف إلى اللغة العربية ، بالمخالفة لحكم المادة ٨ . ويقتصر الحكم على تثبيت الحجز التحفظي على المصنف المترجم وفاء لما تنص به المحكمة للمؤلف من تعويضات » (١) .

ويتضح من هذا النص أنه إذا ترجم شخص مصنفا موضوعا بلغة أجنبية إلى اللغة العربية في خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي ، أو ترجمه من ترجمة إلى لغة أجنبية أخرى في خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للترجمة الأولى ، ولم يكن قد حصل على إذن المؤلف الأصلي والمترجم الأول ، فإنه يكون قد اعتدى على حق المؤلف أو على حق المترجم الأول

(١) يقابل النص المادة ٢/٤٦ ثانيا في المشروع الجديد . ويتطابق النصان في المعنى .

طبقاً لأحكام المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف . وكان مقتضى ذلك أن يقضى للمؤلف أو المترجم الأول بالتنفيذ العيني ، أى بإتلاف النسخ التى تحمل الترجمة العربية أو بتغيير معالمها . ولكن نص المادة ٤٥ / ٢ يقضى ، كما رأينا ، بالاكْتفاء بالحكم للمؤلف والمترجم الأول بتعويض دون التنفيذ العيني ، فيحكم القاضى بتثبيت الحجز التحفظى على المصنف المترجم وعلى النقود المحصلة من ثمن بيعه ، ويستوفى المؤلف والمترجم الأول حقهما فى التعويض من هذه النقود ومن ثمن بيع النسخ المحجوز عليها . ويكون هذا الحق ممتازاً طبقاً لأحكام المادة ٤٥ / ٣ سالفه الذكر ^(١) ، فيتقدم على جميع الحقوق الأخرى عدا المصروفات القضائية ومصروفات حفظ الأشياء وصيانتها وتحصيل المبالغ . وذلك كله رعاية لحق الترجمة إلى اللغة العربية ، وحفظاً لهذه الترجمة من الإتلاف والضيع ، وتوفيقاً بين كسب حقيقته الثقافة العربية وحق ثابت للمؤلف والمترجم الأول .

وبلاحظ هنا أمران : (١) أن الحكم سالف الذكر لا يسرى فى حالة ما إذا كان المؤلف أو المترجم الأول قد قام بترجمة مصنفه . بنفسه أو بواسطة غيره ، إلى اللغة العربية ، إذ تكون هذه الترجمة الأولى إلى اللغة العربية من شأنها أن تمنع ترجمة المصنف مرة أخرى إلى اللغة العربية دون إذن المؤلف . فإذا ترجم المصنف ثانية إلى اللغة العربية دون إذن ، جاز الحكم بالتنفيذ العيني ، ولم تعد الثقافة العربية فى حاجة إلى هذه الترجمة الثانية بعد أن وجدت الترجمة الأولى . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت المدة الباقية للحماية أقل من سنتين ، فعند ذلك نعود إلى الحالة الأولى حيث يجوز الحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني . (٢) أن الحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني ، فى هذه الحالة الثانية التى نحن بصدددها ، وجوبى لا جوازى ، على خلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن الحكم فيها بالتعويض جوازى لا وجوبى .

٢٥٢ - الحالة الثالثة - النزاع المطروح خاص بحقوق المؤلف

المصمري : تنص المادة ٤٦ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يجوز بأى حال أن تكون المباني محل حجز تطبيقاً للمادة العاشرة من هذا القانون ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٠ .

ولا أن يقضى بإتلافها أو مصادرتها ، بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعماري الذي تكون تصميماته ورسومه قد استعملت بوجه غير مشروع (١) .

ويتضح من هذا النص أنه إذا اعتدى شخص على تصميمات أو رسوم مهندس معماري ، واستعملها دون إذن في إقامة مبنى ، فقد كان مقتضى تطبيق المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف أنه يجوز الحجز على هذا المبنى ، ومقتضى تطبيق المادة ٤٥ من نفس القانون الحكم بإتلاف أو مصادرة المبنى . ولكن نص المادة ٤٦ الذي نحن بصدده يحرم هذا وذاك ، إذ المبنى يكون عادة كثير التكاليف بحيث يكون الحجز عليه أو إتلافه ومصادرته جزاء أشد بكثير من الاعتداء على تصميمات المهندس المعماري ورسومه . لذلك يجب في هذه الحالة الاكتفاء بالحكم بتعويض للمهندس المعماري ، دون التنفيذ العيني . بل لا يجوز الحجز على المبنى لاستيفاء التعويض منه ، فليس للمهندس المعماري في هذه الحالة الثالثة - بخلاف الحالتين الأولى والثانية - حق ممتاز في استعويض حتى يستوفيه متقدما على غيره من ثمن المبنى . وإذا هو حجز على المبنى ، فلأنما يحجز عليه كأي دائن عادي يحجز على مال مملوك لمدينه ، وبزاحمه في ثمن المبنى سائر دائني صاحب هذا المبنى .

المطلب الثاني

الطريق الجنائي

٢٥٣ - الجرائم والعقوبات الأصلية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « يعتبر مرتكبا لجريمة التقليد ، ويعاقب عليه بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه ، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية : (أولا) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد ٥ و ٦ و ٧/١ و ٣ من القانون . (ثانيا) من باع مصنفا مقلدا أو من أدخل في القطر المصري دون إذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يفرضها القانون . (ثالثا) من قلد في

(١) يقابل النص المادة ٤٧ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان في المعنى .

مضر مصنفات منشورة بالخارج . وكذا من باع هذه المصنفات أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج^(١) .

وبتضح من هذا النص أن المشرع لم يقتصر على الطريق المدني في حماية حق المؤلف ، بل فتح أيضاً الطريق الجنائي . فجعل جريمة التقليد للمصنف (contrefaçon) جنحة يعاقب عليها بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه . وجريمة التقليد تناول أخذ الأفعال الآتية : (١) الاعتداء على حقوق المؤلف المالية والأدبية كما وردت في المواد ٥ و ٦ و ٧/١ و ٣ و (٢) بيع المصنفات التي يعتبر نشرها اعتداء على حق المؤلف في مصر أو إدخال هذه المصنفات من الخارج إلى مصر ، وهذا وذاك دون أن يكون الشخص قد شارك في تقليدها ، بل يكفي مجرد البيع أو الإدخال في القطر المصري مع العلم بالتقليد . (٣) الاعتداء على حق المؤلف في مصنفات منشورة بالخارج ، أو بيع هذه المصنفات في مصر أو تصديرها إلى الخارج دون مشاركة في تقليدها . وتقول المذكرة الإيضاحية في صدد القصد الجنائي ما يأتي : « ولم يشترط القانون قصداً جنائياً خاصاً ، وإنما يجب توافر القصد الجنائي العام الذي يشمل بطبيعة الحال علم البائع بتقليد المصنف ، إذ أن ذلك العلم يدخل في إدراك المتهم للوضع الإجرامي المشروط في القصد الجنائي » .

٢٥٤ — المقررات التبعية : وتنص المادة ٣/٤٧ و ٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « ويجوز للمحكمة أن تقضي بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذي وقع بالمخالفة لأحكام المواد ٥ و ٦ و ٧/١ و ٣ التي لا تصلح إلا لهذا النشر ، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة . كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه^(٢) » .

(١) يقابل النص المادة ١/٤٨ في المشروع الجديد ، وتجري على الوجه الآتي « يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على خمسين جنيهاً كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية : (أولاً) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ . (ثانياً) من باع أو عرض البيع أو أذاع على الجمهور بأية طريقة كانت ، أو أدخل إلى أراضي الدولة أو أخرج منها ، مصنفاً مقلداً مع علمه بالتقليد . (ثالثاً) من قلده في البلاد مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يقرها هذا القانون ، وكذلك من باعها أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج » .

(٢) يقابل النص المادة ٢/٤٨ و ٣ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ولفظاً

ويتضح من هذا النص أن القانون جعل إلى جانب العقوبة الأصلية ،
وهي الغرامة من عشرة جنهات إلى مائة جنهه ، العقوبات التبعية الآتية :
(١) مصادرة الأدوات المخصصة للنشر ولا تصلح إلا له . (٢) مصادرة
جميع النسخ المقلدة . (٣) نشر الحكم في جريدة أو أكثر تعينها المحكمة ، على
نفقة المحكوم عايه .

٢٥٥ - مانه العود : وتنص المادة ٢/٤٧ من قانون حماية حق المؤلف
على ما يأتي : « وفي حالة العود بحكم على الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة
شهور وبغرامة لا تزيد على ثلثمائة جنهه أو إحدى هاتين العقوبتين . كما يجوز
للمحكمة في حالة العود الحكم بغلق المؤسسة التي استغلها المقلدون أو شركائهم
في ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا^(١) . »

ويتضح من هذا النص أن القانون شدد العقوبة في حالة العود ، فأجاز
الحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، ورفع الحد الأقصى للغرامة إلى ثلثمائة جنهه
(مع بقاء الحد الأدنى بداهة عشرة جنهات) ، وأجاز الحكم بعقوبتي الحبس
والغرامة معاً أو بإحدى هاتين العقوبتين دون الأخرى .

وأضاف ، في حالة العود : إلى هذه العقوبات الأصلية . العقوبات
التبعية السابق بيانها ، مع عقوبة تبعية جديدة هي إغلاق المؤسسة التي استغلها
المقلدون أو شركائهم في ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا ، فلو كانت
هذه المؤسسة دار نشر مثلاً قضى بإغلاقها نهائيا أو لمدة معينة .

٢٥٦ - جريمة عدم الإيداع في دار الكتب وعقوبتها : تنص المادة
٤٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « يجب على ناشري المصنفات
التي تعد للنشر عن طريق عمل نسخ منها أن يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر
خمس نسخ من المصنف في دار الكتب المصرية ، وفقاً للنظام الذي يصدر به
قرار من وزير المعارف العمومية . وبغائب على عدم الإيداع بغرامة لا تزيد
على خمسة وعشرين جنهه . دون إخلال بوجوب إيداع النسخ . ولا يترتب

(١) يقابل النص المادة ١٨/٤ في المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتي : « وتعتبر
المحرام المثار إليها في هذه المادة مائة في حالة العود » .

على عدم الإبداع الإخلال بحقوق المؤلف التي يقرها هذا القانون . ولا تسرى هذه الأحكام على المصنفات المنشورة في الصحف والمجلات الدورية ، إلا إذا نشرت هذه المصنفات على انفراد^(١) .

ويتضح من هذا النص أن إبداع خمس نسخ من كل مصنف معد للنشر في دار الكتب المصرية واجب على الناشر ، والإبداع يجب أن يتم في خلال شهر من تاريخ النشر ، وفقاً للنظام الذي يضعه الوزير المختص . ولا يترتب على عدم الإبداع أى إخلال بحقوق المؤلف ، وإنما يعاقب الناشر بغرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنياً مع عدم الإخلال بوجوب إبداع النسخ المطلوبة . وإذا نشرت مصنفات في صحف ومجلات دورية ، فيكتفى بإبداع الصحف والمجلات ذاتها ، إلا إذا نشرت هذه المصنفات بعد ذلك على انفراد فيجب عندئذ إبداع خمس نسخ منها على الوجه المتقدم الذكر .

وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « أوجببت المادة ٤٨ على ناشري المصنفات التي تعد للنشر عن طريق عمل نسخ منها أن يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر خمس نسخ من المصنف بدار الكتب المصرية وفقاً للنظام الذي يصدر به قرار من وزير المعارف العمومية ، وذلك بقصد تغذية المكتبة العامة وتمكين الدولة من مراقبة ما ينشر في البلاد من مؤلفات أدبية أو فنية أو موسيقية . ويقتصر الإبداع على المصنفات التي تستخرج منها عدة نسخ عن طريق الطبع أو أية وسيلة أخرى مشابهة ، ومن ثم فمن غير المعقول تكليف من قام بصنع تمثال بأن يودع نموذجاً منه . وقد أعفيت المصنفات المنشورة في الجرائد والمجلات من واجب الإبداع ، فإذا نشرت هذه المصنفات مستقلة وجب الإبداع » .

(١) يقابل النص المادة ٤٩ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معني (وقد ورد في المشروع الجديد : « وفقاً للنظام الذي يضعه وزير الثقافة والإرشاد القومي ») .

الفصل الثاني

حقوق أخرى على أشياء غير مادية

الحقوق المتعلقة بالرسالة وبحق المخترع

الفرع الأول

الحقوق المتعلقة بالرسالة (*)

(Droits sur les lettres missives)

٢٥٧ - ماهي الرسالة - الحقوق المتنوعة التي تتعلق بها : الرسالة

ورقة مكتوبة يبعث بها شخص إلى آخر ، ينقل إليه فيها خبراً أو فكرة أو ينهى إليه أمراً . وقد يقوم بإيصالها رسول ، أو تقوم بذلك مصلحة البريد كما هو الغالب ، وقد يسلمها الشخص مباشرة إلى صاحبه كما لو كان هذا أصم فيجرب التفاهم معه بالكتابة . وليس من الضروري أن تكون الرسالة ورقة مغلقة ، فقد تكون ورقة مفتوحة ، أو بطاقة بريد ، أو أصل برقية ، أو نحو ذلك . وتفترض الرسالة وجود مرسل (expéditeur) ومرسل إليه (destinataire) . وخاصية الرسالة أنها ليست ورقة مكتوبة فحسب ، بل هي أيضاً تنقل فكر المرسل إلى المرسل إليه ، فتسجل فيها فكرة تتمصل بشخص المرسل . ومن هنا تنوعت الحقوق التي تتعلق بالرسالة .

(٥) مراجع : Rousseau في الرسائل والبرقيات الطبعة الثانية سنة ١٨٧٧ - Tissier

في ملكية الرسائل وحرمتها سنة ١٨٨٥ - Legris في سرية الرسائل وملكيتها وتقديمها للقضاء

الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ - Péret في حرمة سرية الرسائل سنة ١٨٩٥ - Montagnier

في الرسائل في القانون الخاص طبعة ثانية سنة ١٩٠٧ - Person باريس سنة ١٩١٠ - Jardel

في الرسالة سنة ١٩١١ - Gény في الحقوق المترتبة على الرسائل جزءان سنة ١٩١١ - Valéry

في الرسائل سنة ١٩١٢ - Damoisie في حقوق الورثة على الرسائل رسالة من مونبلييه

سنة ١٩٢٦ - Warzburger في حماية الرسائل في القانون الألماني رسالة من ستراسبورج

سنة ١٩٢٨ .

فمن جهة يتعلق بها حق المرسل إليه ، فإن ملكية الورقة المكتوبة تنتقل إليه بتسلمه للرسالة . ومن جهة أخرى يتعلق بالرسالة حقان للمرسل : حقه في السرية إذا كانت الرسالة تتضمن سرّاً يخصه ، وحقه كمؤلف للرسالة إذا أن له هليها حق المؤلف . ثم إن الرسالة بعد ذلك قد تصلح دليلاً للإثبات لمصلحة المرسل إليه ، أو لمصلحة المرسل ، أو لمصلحة الغير .

ومن هنا تتعلق بالرسالة حقوق أربعة نبهنا على التعاقب : (١) حق الملكية المادية . (٢) الحق في السرية . (٣) حق المؤلف . (٤) الحق في الإثبات (١) .

§ ١ - حق الملكية المادية

(droit de propriété matérielle)

٢٥٨ - انتقال ملكية الرسالة إلى المرسل إليه بمجرد تسليمها :

والرسالة ، وهي في الأصل ملك المرسل ، تنتقل ملكيتها إلى المرسل إليه بمجرد وصولها إلى هذا الأخير وتسلمه إياها من مصلحة البريد مثلاً أو من رسول يحملها إليه . وتحديد من هو المرسل إليه مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع بحسب ظروف كل دعوى (٢) . وبخاصة إذا كتب عنوان المرسل إليه في غير دقة ، أو تغير عنوانه ، أو كان المرسل إليه على رأس متجر باعه فأرسلت

(١) لم يتضمن قانون حماية حق المؤلف نصاً في شأن الرسالة ، ولكن المشروع الجديد تضمن نصاً في هذا الصدد ، فقضت المادة ٣٧ من هذا المشروع بما يأتي : « للمؤلف وحده حق نشر رسائله ، ولكن لا تجوز مباشرة هذا الحق دون إذن المرسل إليه إذا كان من شأن النشر أن يلحق به ضرراً » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد : « تعرض المشروع في المادة ٣٧ لبيان حق المرسل على رسائله باعتباره مؤلفاً لها يتمتع بهذا الاعتبار بكل المزايا الأدبية والمادية التي يستتبعها حق المؤلف ، ومن أظهرها حقه في نشر رسائله . ولما كانت الرسائل قد تتضمن من الأسرار الخاصة التي تتصل بحماية المرسل إليه أو تمس به ما يقتضي المحافظة على سريتها ، فإن حق المرسل في نشرها في مثل هذه الحالة يتقيد بضرورة الحصول على إذن من المرسل إليه متى كان من شأن النشر أن يضر به . وهذا ما عني النص ببيانه في شقه الأخير ، كقيد على ممارسة المرسل لحقه على الرسالة كمؤلف لها . وغنى عن البيان أن من حق الآخرين من قد تتصل الرسالة بهم أن يعترضوا على نشرها كذلك ، إذا كان من شأن النشر الإضرار بهم . وهذا الحق يخضع للقواعد العامة » .

(٢) نقض فرنسي ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣-١-٢٤٨-٢ فبراير سنة ١٩٠٩

دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٤١ - بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٢ ص ٥٩١ .

الرسالة باسمه وكان قد قصد إرسالها إلى صاحب المتجر أى إلى المشتري (١) .
 ويرتب على أن ملكية الرسالة لا تنتقل إلى المرسل إليه إلا عند تسلم هذا
 إيها النتائج الآتية : (١) أن الرسالة . وهى فى الطريق . تكون ملكا للمرسل
 لا للمرسل إليه . (٢) أن الرسالة إذا جوت شيئا ذا قيمة كأوراق نقد أو أوراق
 مالية ، فإن تبعة ضياعها فى الطريق تكون على المرسل لا على المرسل إليه ،
 إذ أن هذا لم تنتقل إليه ملكية الأوراق قبل أن يتسلمها فتكون تبعة ضياعها على
 المرسل . (٣) أنه إذا تمكن أجنبي من الاستيلاء على الرسالة وهى فى الطريق ،
 كان للمرسل لا للمرسل إليه حق الرجوع على الأجنبي ليسترد منه الرسالة
 أو يتقاضى منه تعويضاً عنها .

٢٥٩ — انتقال ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه : وعند موت
 المرسل إليه تنتقل ملكية الرسالة إلى ورثته . شأنها فى ذلك شأن سائر أموال
 المرسل إليه ، وذلك ما لم يكن المرسل قد اشترط استرداد الرسالة عند موت
 المرسل إليه أو إعدامها دون انتقالها إلى ورثته . وقد يفهم هذا الشرط ضمناً
 من طبيعة الرسالة وسريتها ، أو عدم الجدوى من وجودها فى أيدي الورثة
 بعد موت مورثهم . كذلك قد يوصى المرسل إليه بأن تؤول الرسالة إلى أحد
 الورثة بالذات أو إلى أجنبي يراه أصح من غيره بحفظ الرسالة ، فيجب فى
 هذه الحالة تنفيذ وصيته . وليس لدائى المرسل إليه الاعتراض على الوصية ،

(١) ويستثنى من قاعدة انتقال الملكية إلى المرسل إليه الأحوال الآتية : (أ) إذا كانت
 الرسالة موجهة إلى دواوين الحكومة ، فإنها تكون ملكاً للحكومة لا للموظف الذى أرسلت إليه .
 (ب) إذا كان من تلقى الرسالة قد تلقاها باعتباره قائماً عن المرسل إليه كوكيل أو وصى أو قيم ،
 فالملك هو الأصيل لا من تلقى الرسالة . (ج) إذا اشترط المرسل إعادة الرسالة إليه أو تمزيقها ،
 فعند ذلك لا تنتقل ملكيتها إلى المرسل إليه ، بل على هذا أن يردّها إلى المرسل أو أن يمزقها .
 وقد قضت محكمة طنطا الكلية ، بأن ملكية الرسالة للمرسل إليه ، إلا ما استثنى فى حالة ما إذا
 اشترط المرسل إليه أن يمزق الرسالة بمجرد قراءتها ، أو الرسائل التى يتسلمها الموظفون فإنها تكون
 ملكاً للحكومة ، والرسائل التى يتسلمها الوكيل فإنها ملك للموكل ، وكذا الرسائل التى تتعلق بشخص
 تاريخي فإنها تكون ملكاً لورثته من بعده (طنطا الكلية ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٣٩
 ص ٥٧ — وانظر أيضاً مصر قاضى الأمور الوقفية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٥ رقم ٧٦
 ص ٢٠٧) .

ولكن إذا ظهر فيما بعد أن نشر الرسالة يغفل مالا تعلقت حقوق الدائنين بهذا المال إذا لم يكونوا قد استفوها من التركة .

فإذا لم يكن شيء من ذلك ، انتقلت ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه كما سبق القول . وقد تستعصى على التسمية بين الورثة ، فتقع في نصيب أجدرهم برعايتها ، وللآخرين الحق في أخذ صور منها إذا شاءوا^(١) .

٢٦٠ - سلطة المرسل إليه كمالك للرسالة : لما كان المرسل إليه يعتبر مالكا للرسالة كما قدمنا ، فإن له عليها سلطة المالك ، فمن حقه أن يحتفظ بالرسالة ، وأن يمنع عن ردها إلى المرسل إذا طلب هذا إليه ذلك ما لم يكن قد اشترط الاسترداد . وأن يستردها من يد أى شخص انتقلت إليه حيازة الرسالة دون رضاه . وله أن يتصرف في الرسالة بالبيع والهبة والعارية وغير ذلك من أنواع التصرفات التى تصلح لها الرسالة ، وله أخيراً أن يعدم الرسالة إذا شاء ، ولا يكون مشغولاً عن إعدامها إذ هى ملكه .

على أنه مقيد ، في سلطته على الرسالة ، بقيدين لمصلحة المرسل : (القيد الأول) أن للمرسل كما سنرى ، الحق في السرية ، فلا يجوز للمرسل إليه أن يفشى الرسالة أو يذيعها بالرغم من سريتها ، إلا إذا حصل على إذن بذلك من المرسل . (القيد الثانى) أن للمرسل حق المؤلف على الرسالة ، كما سنرى أيضاً ، فلا يجوز للمرسل أن ينشر الرسالة أو جزءاً منها إلا بإذن المرسل^(٢) .

§ ٢ - الحق في السرية

(droit au secret)

٢٦١ - الأساس الذى يقوم عليه الحق في السرية : كان هناك رأى يذهب إلى أن الأساس الذى يقوم عليه الحق في سرية الرسائل هو ميثاق (pacte) ضمنى يقوم بين المرسل والمرسل إليه ، بموجبه يتعهد المرسل إليه بالمحافظة على سرية الرسالة فلا يذيع مشتملاتها^(٣) . ولكن هذا الأساس لا يمكن

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٤٨٩ .

(٢) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٤ .

(٣) انظر في هذا المعنى Person فقرة ١٢٢ ص ١٠١ - ص ١٠٢ Tissier - ص ٤٢ -

Péret ص ٦٩ وص ٧٧ - ص ٧٨ وص ٨٣ - روان ٢٣ مارس سنة ١٨٦٤ ميريه ٦٤ -

للتسليم به ، فإن الميثاق المزعوم إذا سلمنا به من جانب المرسل ، فهو محض افتراض من جانب المرسل إليه الذى لا يعرف قبل أن يفتح الرسالة مضمونها حتى يتعهد بالمحافظة على سريتها . ثم إن الرسالة قد تقع فى يد الغير بمحض الصدفة أو باستيلاء الغير عليها ، فلا يمكن افتراض هذا الميثاق فى هذه الحالة ومع ذلك تحتفظ الرسالة بسريتها كاملة^(١) .

لذلك عدل عن فكرة الميثاق الضمنى أماما يقوم عليه الحق فى السرية ، إلى فكرة أن سرية الرسالة جانب من جوانب شخصية المرسل ، فهى حق من حقوق الشخصية (droit de personnalité) . وكما يجب احترام شخصية المرسل ، كذلك يجب احترام سرية رسائله ، فليست السرية إلا جانبا من جوانب هذه الشخصية^(٢) .

٢٦٢ - الرسائل التى تمتنع بالحق فى السرية والأشخاص الذين

يجوز لهم التمسك بهذا الحق : أما الرسائل التى تمتنع بالحق فى السرية فهى الرسائل التى تحمل طابع السرية (lettres confidentielles) . وقد كان القائلون بأن الميثاق الضمنى هو الأساس الذى يقوم عليه الحق فى سرية الرسائل يجعلون معيار « طابع السرية » معيارا شخصيا قائما على نية المرسلين ، فإذا انصرفت نيتهم إلى جعل الرسائل سرية فهذه النية هى التى تخلع على الرسالة طابع السرية . ولما عدل عن فكرة الميثاق الضمنى ، عدل معها عن هذا المعيار الشخصى ، إلى معيار موضوعى يتخذ من ظروف المرسل وظروف المرسل إليه وظروف التراسل والحالة الاجتماعية التى يوجد فيها الأشخاص ما يخلع على الرسالة طابع السرية . فالرسائل التجارية تحمل غالبا طابع السرية ، وبخاصة إذا كانت الرسالة موجهة من التاجر إلى مثله يبعث فيها بتعليقات تتناول خصوصيات تجارته ، أو كانت الرسالة موجهة إلى تاجر تحمل معلومات عن حالة تاجر آخر وملاءته ومقدرته المالية وما إلى ذلك . والرسالة التى يبعث

(١) Jardel ص ٢٠٣ وما بعدها - Gény ص ١٩٧ .

(٢) Gény ص ٢٢٦ - أوبرى ورو وبارون ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا هاش ،

مكرر - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٥ ص ٥٩٢ - بلانيول وريبير وبلانچيه ٢

بها الموكل إلى محامية قد تحمل طابع السرية ، وتحملها القواعد المتعلقة بسر المهنة . وقد تحمل طابع السرية الرسالة التي تبعث بها الخطيبة لخطيبها تكشف له فيها هن بعض أسرارها العائلية ، أو التي يبعث بها الخطيب لخطيبته يكشف فيها هن حالته المالية مثلا أو عن بعض أسرارها العائلية . فالرسالة إذن تحمل طابع السرية أو لا تحمله حسب الظروف الموضوعية التي تحيط بالتراسل وبالتراسلين^(١) . وقد تحمل الرسالة طابع السرية في بداية الأمر ، ثم تذاع لسبب مشروع كأن تقدم مستنداً أمام القضاء ، فلا تعود تحمل طابع السرية^(٢) .

والأصل أن الشخص الذي يحق له التمسك بالسرية هو المرسل ، ويتمسك بها ضد المرسل إليه أو أى شخص آخر تقع في يده الرسالة . ولكن لما كانت السرية قائمة ، كما قلنا ، على وجوب احترام حقوق الشخصية ، فأى شخص يذكر في الرسالة ، سواء كان المرسل أو المرسل إليه أو أجنبيا ، بحيث يقرن ذكره بمعلومات من شأنها أن تستمد من حقوق شخصيته ما يفضي على الرسالة طابع السرية ، يجوز له أن يتمسك بالحق في السرية^(٣) .

٢٦٣ - جزاء انتهاك حرمة السرية : وطابع السرية الذي تحمله الرسالة يتضمن قيدها على ما للمرسل إليه من حق ملكية الرسالة ، فهو كمالك من حقه أن يتصرف في الرسالة كما يشاء ، ولكن بشرط أن يحترم واجب السرية فلا ينتهك حرمتها ، ولا يذيع الرسالة بحيث يكشف عن أسرار من له الحق في التمسك بالسرية على النحو الذي ذكرناه^(٤) .

(١) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا ص ٢٩٢ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ - أنسيكلوبيدى

دالوز ٣ لفظ Let. mis. فقرة ٥٠ .

(٣) نقض فرنسي ٢١ يولييه سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٢ - ١ - ٣٢٦ - Oéay - ص ٢٢٣

هامش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٥ ص ٥٩٥ .

(٤) وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن حق الملكية في الرسائل مقيد بقيود ، منها انتقال

الملكية للمرسل إليه مجردة عن السر العائلي الذي يبق ملكا للمرسل ، فلا يجوز للمرسل إليه نشرها ،

وليس له أن يقدم رسالة للقضاء تتضمن سرا من أسرار المرسل (طنطا الكلية ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٩

الحاماة ٢١ رقم ٣٩ ص ٥٧ - وانظر مصرفى الأمور الوقفية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ الحاماة

٢٥ رقم ٧٦ ص ٢٠٧) .

ولصاحب الشأن أن يتوقى أولاً انتهاك حرية السرية ، عندما يرى هذه
الحرمة مهددة بالانتهاك . فله أن يطلب من القضاء المستعجل منع نشر الرسالة ،
أو منع تقديمها إلى القضاء ، أو منع بيعها في المزاد العلني ^(١) .

فلإذا انتهكت حرمة السرية فعلاً ، كان أمام صاحب الشأن أن يطلب
تعويضاً عن انتهاك هذه الحرمة ^(٢) . بل له في حالات استثنائية ، يقوم فيها
مبرر كاف ، أن يطلب لإعدام الرسالة ^(٣) . ولكن ليس له أن يطلب استرداد
الرسالة فقد خرجت من ملكه ودخلت في ملك المرسل إليه ، وفي إجبار المرسل
إليه على رد الرسالة انتهاك حرمة ملكه انتهاكاً لا يبرره انتهاك حرمة السرية ^(٤) ،

§ ٣ - حق المؤلف

(droit d'auteur)

٢٦٤ - للمرسل من المؤلف على الرسالة : وإذا كانت الرسالة

تنطوي على جانب من الابتكار ، كان للمرسل حق المؤلف عليها ، فهو الذي
أنشأها وقام بجانب الابتكار فيها ^(٥) .

فللمرسل إذن أن يقرر نشر الرسالة ، وله أن ينشرها . وله ، دون
المرسل ، حق الاستغلال المالي ، فهو وحده الذي له حق المؤلف . وله دفع

(١) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ١٧ - ٢٠ أكتوبر
سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٦ - السين ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ -
٦١٦ .

(٢) كان ٧ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ٢ - ٢ .

(٣) انظر في هذا المعنى Oény ١ ص ٢٠٦ - عكس ذلك كان ٧ فبراير سنة ١٨٩٨
دالوز ٩٩ - ٢ - ٢ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(٤) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ - ٢ - ٦٢٥ - Oény ١ ص ٢٠٥ .
ولكن انظر في حالة موت المرسل إليه نقض فرنسي ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ -
٢٦٣ - السين ١٨ يولية سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٢٠٦ .

(٥) Oény ١ فقرة ١٤٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٦ - السين ٢٠ يولية
سنة ١٨٨٨ جازيت دي باليه ٨٨ - ٢ - ٢١٣ (رسائل Paul Baudry) - السين ١١ مارس
سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٣٥٨ (رسائل George Sand) - باريس ١٥ يولية سنة ١٩٠١
دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٧٣ (رسائل Mérimée) .

الاعتداء عن حقه الأدبي في الرسالة ، كما له أن يسحبها من التداول إذا هي نشرت^(١) .

وينتقل حق المؤلف من المرسل إلى ورثته^(٢) . فينتقل إلى هؤلاء حق الاستغلال المالي ، كما ينتقل إليهم الحق الأدبي . وبموجب الحق الأدبي يكون للورثة الحق في تقرير نشر الرسالة أو عدم نشرها . متوخين في ذلك بوجه خاص احترام إرادة المرسل صاحب الرسالة^(٣) .

٢٦٥ - تفسير حق المؤلف بملكية الرسالة المادية وبالحق في السرية :

على أن حق المؤلف الثابت للمرسل على الرسالة يتقيد بحق الملكية المادية للمرسل إليه ، وبحق السرية في الرسالة .

فتقيد حق المؤلف بحق الملكية المادية للمرسل إليه يأتي من أن أصل الرسالة يكون عادة في يد المرسل إليه ، ويملكه هذا ملكية مادية على النحو الذي ذكرناه . فلا يستطيع المرسل أن ينزع أصل الرسالة من يد المرسل إليه لنشرها إذا شاء ، إذ يجوز للمرسل إليه كما قدمنا أن يمنع من رد أصل الرسالة إلى المرسل . فلا يبقى أمام المرسل ، إذا شاء نشر الرسالة ، إلا أحد أمرين : إما أن يكون قد احتفظ عنده بصورة من أصل الرسالة ينشرها متى أراد ، أو أن يتفق مع المرسل إليه على تسليمه الأصل لنشره ورده إليه بعد ذلك وقد يكون هذا في مقابل مبلغ من المال^(٤) . وقد يستخلص من الظروف أن المرسل أراد أن ينقل إلى المرسل إليه ، مع ملكية الرسالة المادية ، حق المؤلف على الرسالة . فيكون للمرسل إليه في هذه الحالة حق نشر الرسالة لا باعتباره مالكا لها ملكية أدبية ، بل باعتباره متنازلا له عن حق المؤلف^(٥) . وقد يستخلص من الظروف كذلك أن المرسل قد أذن للمرسل إليه في نشر

(١) السين ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ وباريس ٢١ فبراير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ٢ - ١٧ .

(٢) السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٣٥٨ - Gény ١ ص ٣٨١ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٦ .

(٣) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ - ٢ - ٦٢٥ - السين ٢٠ مايو سنة ١٩٠٤ Le Droit ٢١ مايو سنة ١٩٠٤ .

(٤) Gény ١ ص ٣٦٥ وص ٣٧٢ - Jodel ٢٩١ ص - ٢٨٢ .

(٥) السين ٣٠ يونيو سنة ١٨٩٣ A.D. ١٨٨٧ ص ١٠٨ - ص ١١٥ (رسائل Sainte-Beuve) - ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٢ - ٢ - ١٧ - ولقاضي الموضوع =

للمرسلة ، دون أن ينزل له بذلك عن حق المؤلف ، فيكون لكل من المرسل والمرسل إليه حق النشر . الأول بموجب حق المؤلف . والآخر بموجب الإذن الصادر من المرسل^(١) .

وبتقيد حق المؤلف بالحق في السرية ، إذا ثبت هذا الحق في الرسالة للمرسل إليه أو لأجنبي على النحو الذي بيناه فيما تقدم^(٢) . وعند ذلك ممتنع على المرسل نشر الرسالة إلا بأذن من له الحق في السرية ، وإلا كان لهذا الأخير أن يمنع من النشر ، وإذا تم النشر دون إذنه كان له الحق في الرجوع بالتعويض^(٣) . وإذا ثبت حق النشر للمرسل إليه ، كان على هذا ألا يحل بحرمة سرية الرسالة ، سواء تعلق حق السرية بالمرسل أو بأجنبي^(٤) .

§ ٤ - الحق في الإثبات

(droit à la preuve)

٢٦٦ - قيمة الرسالة في الإثبات - إمامة : كان العقد والقضاء في مصر ، في ظل التقنين المدني السابق ، يذهب إلى أن للمرسل إليه أن يستخدم الرسالة كدليل لإثبات على حق يدعيه عند المرسل . ثم إن ما ورد في الرسالة إذا كان بخط المدين أو كان موقعا عليه منه يعتبر مبدءا ثبوت بالكتابة أو دليلا كاملا ، على أن يترك ذلك لتقدير القاضي ، فإن الرسالة ليست في الأصل معدة للإثبات وما يدونه المرسل فيها لا يلتزم فيه من الاحتياط ما يلتزمه في الورقة العرفية التي تعد مقدما للإثبات فيجب أن يكون هذا محلا للاعتبار^(٥) .

= تقدير ما إذا كان المرسل قد نزل للمرسل إليه عن حق المؤلف . ولا يعتبر عدم احتفاظ المرسل بصورة من الرسالة إلا مجرد قرينة قضائية على نزوله عن حق المؤلف قد يأخذ بها القاضي في بعض القضايا ولا يأخذ بها في بعض آخر (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Let. ms. فقرة ٦٥) .

(١) السين ٢ ديسمبر سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ٣ - ١١٢ - Décy ١ ص ٢٧٢ وهامش ٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٦٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٦٣ .

(٤) السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٣٥٨ - السين دائرة الجح ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٧٣ - Décy ١ ص ٢٧١ - بلانيول و بير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٦ ص ٥٩٦ .

(٥) انظر في تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ١٣٢ .

أما التقنين المدني الجديد فلم يترك الأمر إلى تقدير القاضي ، بل نص في المادة ٣٩٦/١ منه على أن « تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية في الإثبات » . وقد سلب القاضي بهذا النص حريته في التقدير ، فلم يعد يستطيع ، إذا رأى المرسل لم يحتط في رسالته ، أن يرفع عن الرسالة حجتها أو أن ينتقص من هذه الحجية كما كان يستطيع في ظل التقنين المدني السابق . فتي كانت الرسالة موقعة من المرسل ، استوفت شرائط الورقة العرفية ، وثبتت لها قيمة الدليل الكامل . فهي حجة على المرسل من حيث صدورها منه ، إلا أن ينكر توقيعها أو خطه . وهي أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها ، إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة . وهي أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني الذي تشهد به الرسالة ، على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفعات الموضوعية والشكلية التي يسمح بها القانون^(١) . أما إذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهي تصلح مبدأً ثبوت بالكتابة .

ونحيل في تفصيل ذلك إلى ما قدمناه في الجزء الثاني من الوسيط^(٢) .

٢٦٧ - متى يجوز للمرسل إليه أنه يمنح بالرسالة - إمالة :
الأصل أن للمرسل إليه ، كما قلنا ، أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلاً لصالحه ضد المرسل ، متى كانت له مصاحبة مشروعة في ذلك . فإذا تضمنت الرسالة اتفاقاً تم بينه وبين المرسل ، أو التزاماً تعهد به المرسل ، أو مخالصة أو إبراء أو إقرار أو نحو ذلك ، كان للمرسل إليه مصاحبة مشروعة في أن يقدم الرسالة دليلاً للإثبات . وكذلك إذا تضمنت الرسالة جريمة في حق المرسل إليه ، كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب^(٣) . على ألا يكون في كل

(١) « والذي لا يزال يفرق في نظرنا بين الرسالة الموقعة والورقة العرفية المدة للإثبات ، حتى في ظل التقنين الجديد ، هو أن القاضي عند تفسيره للعبارة الواردة في الرسالة الموقعة - إذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدماً للإثبات ويندر أن تعد لهذا الغرض في غير المسائل التجارية - لابد أنه ملق بالآ إلى أن كاتب هذه العبارة لم يصطنع الحيلة المألوفة عند من يهصد أن يرتبط بعبارته ارتباطاً قانونياً ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجو الذي كتبت فيه » (الوسيط ٢ فقرة ١٣٢ ص ٢٦٠) .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ١٣٢ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ .

(٣) أوبري ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثاً ص ٢٨٨ .

هذا انتهاك لحرمة السرية ، وإلا لم يجوز للمرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ، وجاز للمرسل أن يطلب استبعادها وأن يرجع بالتعويض . وينتقل حق المرسل إليه في الرسالة كدليل لإثبات إلى ورثته من بعده ، فلهم استعمالها كخلف له في نفس الحدود التي يجوز فيها ذلك للمرسل إليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

ونحيل في تفصيل ذلك إلى ما قلناه في الجزء الثاني عن الوسيط (١) .

٢٦٨ - متى يجوز للغير أنه يحتج بالرسالة - إمانه : ويجوز كذلك للغير ، إذا كانت له مصلحة مشروعة ، أن يحتج بالرسالة ، كأن تتضمن الرسالة إقراراً من المرسل بغير الغير ، أو تتضمن اشتراطاً لمصلحة هذا الغير . ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة ليس مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه ومن أنه في الاحتجاج بها إنما يستعمل ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوي على دليل لإثبات . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد لا من حق الملك ، بل من الحق في الإثبات (٢) . وهو حق ضيق في التشريع المصري ، فإن المادة ٢٥٣ مرافعات لا تجيز للخصم - وهو هنا الغير - أن يطلب إلزام خصمه - وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الغير - بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التي تتضمن دليلاً لمصلحة الغير ، إلا إذا كانت الرسالة محررة لمصاحبة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو امتد إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون في تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية ، وإلا وجب أيضاً امتنذان المرسل قبل تقديمها ، هذا ما لم يكن المرسل نفسه هو الخصم الذي طلب تقديم الرسالة .

وهذا كله لو كانت الرسالة في يد المرسل إليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع في يد الغير الذي له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها . فإن وقعت في يده بطريقة غير مشروعة ، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالا ، لم يجوز له تقديمها بثبات ، وإذا قدمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت في يده بطريقة مشروعة ،

(١) الوسيط ٢ فقرة ١٣٣ .

(٢) أوبري ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثاً هامش ٤ مكرر - Oény ٢ ص

٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٧ .

فلا يجوز له كذلك تقديمها إلا بإذن المرسل إليه مالك الرسالة ، ما لم يكن له فيها حق الإثبات في الأحوال التي قدمناها فيجوز له تقديمها عندئذ بغير إذن المرسل إليه .

وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة إذا كان في تقديمها انتهاك لحرمة السرية إلا بعد استئذان المرسل ، ولا تعتبر الرسالة سرية بمجرد أنها موجهة لشخص غير الذي يحتج بها ، بل السرية ترجع إلى موضوع الرسالة نفسه كما قدمنا ، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك .
ونحيل في تفصيل ذلك إلى ما قدمناه في الجزء الثانى من الوسيط^(١) .

الفرع الثانى

حق المخترع

أو الملكية الصناعية

(droit d'inventeur-droit de propriété industrielle)

٢٦٩ - الأنواع الرئيسية لحق المخترع أو الملكية الصناعية : بعد هذا للموضوع عادة من موضوعات القانون التجارى ، لذلك نوجز القول فيه هنا فنستتم به صورة الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية المتعلقة بالفكر ، تاركين الملكية التجارية فهى من أخص موضوعات القانون التجارى وهى فوق ذلك لا تتعلق بالفكر .

والأنواع الرئيسية لحق المخترع ، أو لما يسمى عادة بالملكية الصناعية ، ثلاثة : (١) براءات الاختراع (brevets d'invention) . (٢) الرسوم والنماذج للصناعية (dessins et modèles) . (٣) العلامات والبيانات التجارية (marques de fabrique et mentions commerciales) .

ونفرد براءات الاختراع لأهميتها بمبحث ، وفي المبحث الثانى نجمع سائر أنواع الملكية الصناعية من رسوم ونماذج صناعية ومن علامات وبيانات تجارية^(٢) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ١٣٤ - وانظر في قوة البرقية في الإثبات الوسيط ٢ فقرة ١٣٥ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات -

= الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية - وهو القانون الذى أعقب القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ومجموع القانونين ينظم أهم التشريعات الخاصة بما يسمى بالملكية الصناعية - ما يأتى : « دعت ضرورات النهوض بالصناعة والتجارة إلى تنظيم حماية الملكية الصناعية . فأخذت الدول منذ قيل القرن التاسع عشر تضع النظم وتسن القوانين التى تكفل تحقيق الحماية على الوجه الأكمل للعناصر الثلاثة الرئيسية للملكية الصناعية ، وهى العلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية . ولم يقتصر نشاط الدول فى هذه الناحية على التشريعات الداخلية ، بل أدى التطور الاقتصادى والتنافس التجارى إلى تنظيم دول للملكية الصناعية . فوضعت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ ، ثم عدلت فى مؤتمرات بروكسل فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ وواشنطن فى ٢ يونيو سنة ١٩١١ ولاهاي فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ولندن فى ٢ يونيو سنة ١٩٣٤ ، كما أنشئ فى برن المكتب الدولى لحماية الملكية الصناعية . وظلت حصر منذ بدء حركة التقنين الحديث فيها بمنزل عن تلك الحركة العالمية ، فخلا التشريع المصرى من النصوص المنظمة لهذا النوع من الملكية . وكل ما هنالك أن المجموعة المدنية الأهلية (١٨٨٣) قد قصت فى المادة ١٢ منها على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولا مقابل لهذا النص فى المجموعة المدنية المخططة (سنة ١٨٧٥) . وكذلك نص قانون العقوبات المصرى على الجزاءات الخاصة بهذا الشأن فى المواد ٣٤٨ و ٣٤٩ و ٣٥٠ . ولما كان القانون المشار إليه فى المادة ١٢ لم يصدر بعد ، فقد ظلت النص من الجناحية معطلة . وإزاء هذا النقص فى التشريع لم يكن بد من أن يرجع القضاء المختلط إلى مبادئ العدالة والقانون الطبيعى لتقرير حق المخترع وتحديد نطاقه ، معتمداً على المبادئ المسلمة فى القانون المقارن والاتفاقات الدولية . ووضع فى المحاكم المخططة نظام إدارى لتسجيل الاختراعات بطريق الإيداع فى قلم الكتاب ، بنية الوصول إلى نوع ولو يسير من الحماية القائمة على أساس من القانون الطبيعى . ولما كان هذا النظام يقصر عن تحقيق حماية الملكية الصناعية بالأوضاع المألوفة ، فقد أخذت مصر تتأير الحركة العالمية ، وأصدرت القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، ولا يزال مع هذه الخطوة نص فى التشريع المصرى فيما يختص بالملكية الصناعية ينبغى سده بحماية الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية . ومتى تم لمصر ذلك أمكنها أن تنضم للاتفاقية الدولية لحماية الملكية الصناعية ، وأن تشترك تبعاً لذلك فى المكتب الدولى ببرن . »

هذا وإلى جانب اتفاقية باريس الدولية المبرمة فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ والمشار إليها فى المذكرة الإيضاحية سالفة الذكر يوجد :

- (١) معاهدة مدريد (ولائحتها التنفيذية) الخاصة بالتسجيل الدولى للعلامات التجارية والصناعية والمبرمة فى ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ ، وقد عدلت الاتفاقية فى بروكسل فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ ، وواشنطن فى ٢ يونيو سنة ١٩١١ ، ولاهاي فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، ولندن فى ٢ يونيو سنة ١٩٣٤ - (٢) معاهدة لاهاي (ولائحتها التنفيذية) الخاصة بالإيداع الدولى للرسوم والنماذج الصناعية والمبرمة فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، والمعدلة فى لندن فى ٢ يونيو سنة ١٩٣٤
- (٣) معاهدة مدريد الخاصة بقمع بيانات المصدر غير المطابقة للمقيقة الموضوعة على البضائع والمبرمة فى ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ ، والمعدلة فى واشنطن فى ٢ يونيو سنة ١٩١١ ، ولاهاي فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، ولندن فى ٢ يونيو سنة ١٩٣٤ .

المبحث الأول

براءات الاختراع (*)

٢٧٠ - من المخترع ووجوب صمائه : قدمنا (١) أن حق المخترع ، كحق المؤلف ، ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي يقع على شيء غير مادي ، فهو إذن حق عيني أصلي منقول .

وكما وجبت حماية حق المؤلف ، وجبت كذلك حماية حق المخترع ، فالحقان ثمرة من ثمرات الفكر والابتكار . بل إن حماية حق المخترع سبقت في التشريع المصري حماية حق المؤلف ، إذ صدر القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ خاصة ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، وقد عدل بالقانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٥٥ . وصدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بالقرار الوزاري رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وقد عدل هذا القرار بالقرارات رقم ٢٧١ لسنة ١٩٥٣ ورقم ٣٩٠ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٤٩ لسنة ١٩٥٨ ورقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠ (٢) .

= وقد وافقت مصر على هذه الاتفاقيات جميعا بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٠ . ثم صدر مرسوم في ٢١ مايو سنة ١٩٥١ بإصدارها والعمل بها اعتبارا من أول يولييه سنة ١٩٥١ فيما يتعلق باتفاقية باريس ، واعتبارا من أول يولييه سنة ١٩٥٢ فيما يتعلق بالاتفاقيات الأخرى .

(١) مراجع : Pouillet في براءات الاختراع الطبعة السادسة - Claro, Taillefer

سنة ١٩١٥ - Allart في براءات الاختراع الطبعة الثالثة سنة ١٩٣١ - Wienmann, Moureaux الطبعة الثانية سنة ١٩٤٩ - Cassalouga جزءان سنة ١٩٤٩ .

(١) انظر آتفاقرة ١٦٦ في آخرها .

(٢) وسبق القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية صدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، وفي هذين القانونين تجتمعت العناصر الثلاثة لما يسمى بالملكية الصناعية : العلامات والبيانات التجارية ، وبراءات الاختراع ، والرسوم والنماذج الصناعية :

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد : « أما مصر فقد بدأت في سنة ١٩٣٩ بتشريع مستقل للعلامات والبيانات التجارية . وقد رؤ في التشريع المرافق الجمع في قانون واحد بين المنصرين الباقيين ، وهما الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية لما بينهما من علاقة تسوغ هذا الجمع ، لأن كلا من المنصرين إن هو إلا إنتاج فكري يستعمل في الصناعة . إذ تقوم براءات الاختراع لحماية الصناعة ذاتها . كما يقوم تسجيل الرسوم والنماذج

ويتمثل حق المخترع في براءة اختراع تمنح له متى استوفى حقه الشروط الواجبة . وتسجل هذه البراءة فيصني التسجيل عليها حماية تفرض واجبات وحترقا لصاحب البراءة ، وقد نظم القانون فوق ذلك طرقا حاسمة لهذه الحماية : فنتكلم في هذه المسائل الثلاث : (١) الشروط الواجب توافرها في حق المخترع لمنح براءة الاختراع ، (٢) واجبات صاحب البراءة وحقوقه . (٣) طرق حماية براءة الاختراع .

§ ١ - الشروط الواجب توافرها في حق المخترع لمنح براءة الاختراع

٢٧١ - شروط أربعة : تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية على ما يأتي :
« تمنح براءة اختراع ، وفقا لأحكام هذا القانون ، عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي ، سواء أكان متعلقا بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أم بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة » .
ونخلص من هذا النص أن الشروط الواجب توافرها في الاختراع لمنح براءة تحميه هي : (أولا) أن ينطوي الاختراع على ابتكار . (ثانيا) أن يكون هذا الابتكار جديداً . (ثالثا) أن يكون هذا الاختراع المبتكر الجديد قابلا للاستغلال الصناعي . (رابعا) وهذا شرط سنراه في المادة الثانية من نفس القانون ، ألا يكون في الاختراع إخلال بالآداب أو بالنظام العام .

٢٧٢ - الشرط الأول - أنه ينطوي الاختراع على ابتكار :
وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه حماية حق المخترع ، فلولا هذا الابتكار

= الصناعية لحماية الفن التطبيق في الصناعة ، ومناطق الحماية بالنسبة إلى كل منها هو عنصر الابتكار والجددة . وقد وعيت في المشروع المرافق أحكام الاتفاقية الدولية للملكية الصناعية باعتبارها نظاما نمطا يحتذى وحدا أدنى يجب التزامه في التشريع الداخلي ، حتى إذا ما انضمت مصر إلى الاتفاقية كان تشريعها متساويا وأحكام الاتفاقية المذكورة . كذلك أخذ المشرع بالمبادئ المقررة في التشريعات الحديثة ، وخاصة التشريع السويسري (سنة ١٩٠٧) والتشريع الإيطالي (سنة ١٩٢٤) والتشريع الألماني (سنة ١٩٣٦) والتشريع الفنلندي (سنة ١٩٤٣) ، ولم يغفل مع ذلك إعادة ظروف البيئة ومسيرة أحوال النهضة الصناعية .

الذى ينطوى عليه الاختراع لما استحق الحماية ، فحق المخترع إنما هو ثمرة من ثمار فكر الإنسان وابتكاراته . ولا يراد بالابتكار أن يكون ابتداعاً رائعاً ، بل يكفي أى قدر من الابتكار أياً كانت قيمته . والمهم أن يكون شيئاً غير معهود من قبل ، وقد ابتدعه فكر الإنسان . فاختراع آلة جديدة ، أو مادة كيماوية جديدة للقضاء على مرض من أمراض الحاصلات الزراعية ، أو دواء جديد لعلاج مرض من أمراض الإنسان أو الحيوان ، أو وسيلة نقل جديدة لم تكن معروفة من قبل ، أو صبغة جديدة تلون بها الأقمشة أو الشعر ، أو أمواس حلقة جديدة غير الأمواس المعروفة فى الأسواق . ونحو ذلك ، كل هذه اختراعات تنطوى على ابتكار ، وهى كلها تتعلق بمنتجات جديدة أو وسائل مستحدثة . وقد لا يكون الاختراع متعلقاً بمنتجات جديدة أو وسائل مستحدثة . ولكن بتطبيق جديد لطرق معروفة من قبل ، كجعل جهاز التسخين صالحاً كجهاز للتبريد فى وقت واحد ، واستخدام الكهرباء لنقل الصوت بطريق التلغراف والراديو ، أو نقل الصورة والضوء بطريق التلفزيون . كل هذه اختراعات تنطوى على قدر من الابتكار يتفاوت قوة وضعفاً . ولكنه ابتكار على كل حال ، ومن ثم يستحق الحماية .

٢٧٣ - الشرط الثانى - أنه يكون الابتكار جديداً : والغرض من أن يكون الابتكار جديداً ليس هو مجرد تكرار لشرط الابتكار . فكل ابتكار يستحدث جديداً كما قدمنا . ولكن المقصود أن يكون هذا الابتكار الذى استحدث جديداً لم يكن معروفاً من قبل . بل يكون المخترع الذى يطلب براءة الاختراع قد سبق غيره فى التعريف بهذا الاختراع . وقد حددت المادة ٣ من قانون براءات الاختراع المعنى المقصود بالجددة فى هذا الصدد ، فقالت : « لا يعتبر الاختراع جديداً كله أو جزء منه فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان فى خلال الخمسين سنة السابقة لتاريخ تقديم طلب البراءة قد سبق استعمال الاختراع بصفة علنية فى مصر ، أو كان قد شُهر عن وصفه أو عن رسمه فى نشرات أذيعت فى مصر وكان الوصف أو الرسم الذى نشر من الوضوح بحيث يكون فى إمكان ذوى الخبرة استغلاله . (٢) إذا كان فى خلال الخمسين سنة السابقة على تاريخ تقديم طلب البراءة قد سبق إصدار براءة من الاختراع أو عن

جزء منه لغير المخترع أو لغير من آلت إليه حقوقه ، أو كان قد سبق للغير أن طلب براءة عن الاختراع ذاته أو عن جزء منه في المدة المذكورة .
فالجدة هنا معناها إذن السبق إلى التعريف بالاختراع (١) .

٢٧٤ - الشرط الثالث - أنه يكون الاختراع قابلاً للاستغلال

الإنشائي : والمقصود بالاستغلال الصناعي ليس هو المعنى الضيق من هذه العبارة ، بل كل استغلال اقتصادي ولو لم يكن صناعياً . فتدخل الاختراعات الصناعية والاختراعات في ميادين الزراعة والتجارة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر ، ولكن لا يدخل استنبات محصول جديد في الزراعة أو نوع جديد من البنور .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد ما يأتي : « ولا يقصد بعبارة الاستغلال الصناعي قصر استخدام الاختراع على الصناعة بالمعنى الضيق ، بل ذلك يتناول الصناعة بمعناها الأعم ، ومنها استخدام الاختراع (آلة جديدة مثلاً) في الزراعة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر . ولا يتناول النص المنتجات الزراعية في ذاتها كاستنبات نوع جديد من البنور أو المحاصيل ، فإن هذا لا يعتبر اختراعاً يشمله القانون

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع : « وقد اختلفت التشريعات في تحديد معنى الجدة اللازمة للحصول على براءة الاختراع ، ويمكن تقسيمها في هذا الصدد إلى ثلاث شعب : (الشعبة الأولى) تعتبر الاختراع فاقداً عنصر الجدة إذا كان قد نشره قبل طلب البراءة نشرًا كافياً لتنفيذه ، سواء أحصل هذا النشر داخل الدولة أم خارجها (قوانين فرنسا وسوريا ولبنان وبوليفيا والبرازيل وشيلي) . (الشعبة الثانية) لا تعتبر النشر أو الاستعمال السابق على تقديم طلب البراءة قاضياً على عنصر الجدة إلا إذا كان قد حصل النشر أو الاستعمال في داخل الدولة ذاتها (قوانين إنجلترا واليابان والنرويج وسويسرا) . (الشعبة الثالثة) تميز بين النشر عن طريق المطبوعات وطرق النشر الأخرى كالاستغلال والعرف .. إلخ ، وتعتبر مجرد النشر عن طريق الطباعة قاضياً على عنصر الجدة سواء أحصل في الخارج أم في الداخل ، أما النشر بالطرق الأخرى فلا يكون له ذلك الأثر إلا إذا تم في داخل الدولة (قوانين ألمانيا والنمسا ويوغوسلافيا) . وقد سائر المشروع المبدأ السائد في قوانين دول الشعبة الثانية ، فأخذ نص المادة الثالثة من المادة السابعة من القانون الإنجليزي مع تعديلها بما يوافق وجهته في عدم الأخذ بالنظام الإنجليزي الذي يتطلب الفحص السابق . فيقتضي المشروع يعتبر عنصر الجدة متوافراً إذا لم يكن قد نشر عن الاختراع في مصر ، وفي هذه الخطوة تشجيع لطلب براءات في مصر عن اختراعات جرى النشر عنها في الخارج حتى تستفيد البلاد في نهضتها الصناعية من الاختراعات الأجنبية » .

بالحماية . وذكر عبارة الاستغلال الصناعى مقصود به استبعاد الابتكارات النظرية البحتة ، ككشف قانون جديد للجاذبية أو الكثافة . وإذن فالعالم للذى يكشف عن نظرية علمية جديدة لا يجوز أن يطلب عنها براءة اختراع . وعلى الحملة فإن قصد المشروع هو حماية المنتجات والطرق الصناعية الجديدة ، وكذلك التطبيق الجديد لهذه الطرق .

وقد سميت النظريات العلمية البحتة التى لم تعد للاستغلال الاقتصادى بالملكية العلمية (propriété scientifique) . وهذه لم يصل القانون إلى اليوم إلى الحد الذى يضمن فيه على هذه النظريات الحماية التى يضيفها على حق المؤلف أو حق المخترع .

٢٧٥ - الشرط الرابع - ألا يكون فى الاختراع إخلال بالأدب

أوبالنظام العام : وفى خصوص هذا الشرط تنص المادة ٢ من قانون براءات الاختراع على ما يأتى : « لا تمنح براءة اختراع عما يأتى : (أ) الاختراعات التى ينشأ عن استغلالها إخلال بالآداب أو بالنظام العام . (ب) الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية ، إلا إذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق أو عمليات كيميائية خاصة ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا تنصرف البراءة إلى المنتجات ذاتها بل تنصرف إلى طريقة صنعها » .

وبمخلص من هذا النص أن أى اختراع ينشأ عن استغلاله إخلال بالآداب أو بالنظام العام لا يجوز أن تمنح عنه براءة اختراع . فمن اختراع آلة للمقامرة ، ومن كشف عن عقاقير تصنع بعمليات كيميائية خاصة ويكون الغرض منها الإجهاض ، ومن صنع جهازا يكون الغرض منه منع فض البكارة فى أثناء الاتصال الجنسى ، ومن صنع أجهزة لتسلى الحيطان ونقبتها خفية للتمكن من السرقة ، كل هؤلاء يكونون قد وصلوا إلى الكشف عن اختراعات فى استغلالها إخلال بالآداب أو بالنظام العام ، فلا يجوز أن تمنح لهم براءات عن هذه الاختراعات .

وكل اختراع كيمائى يتعلق بالأغذية . وكل العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية ، لا يجوز أن يحتكرها مخترعوها ، فهى ملك شائع للجميع لضرورتها

لتغذية الجسم ولصحته . فلا يجوز أن يمنح عنها براءات اختراع ، لمخالفة ذلك للنظام العام . والممنوع هنا هو منح براءة اختراع عن المنتجات ذاتها ، من منتجات كيميائية متعلقة بالأغذية ومن عقاقير طبية ومركبات صيدلية . أما إذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق أو عمليات كيميائية خاصة كشف عنها المخترع ، فإنه من الممكن أن يمنح براءة اختراع عن العمليات الكيميائية الخاصة التي كشفها . ولكن لا يمنح براءة اختراع عن الأغذية والعقاقير والمركبات ، فهذه يبرز للجميع لإنتاجها بأية طريقة . بشرط ألا تكون الطريقة أو العملية الكيميائية الخاصة التي منحت لها براءة الاختراع (١) .

§ ٢ - واجبات صاحب براءة الاختراع وحقوقه

٢٧٦ - الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على براءة الاختراع

وقبدها في السجل الخاص : تنص المادة ١٥ من قانون براءات الاختراع على أن « يقدم طلب البراءة من المخترع أو ممن آلت إليه حقوقه إلى إدارة براءة الاختراع ، وفقاً للأوضاع والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية . ولا يجوز أن يتضمن طلب البراءة أكثر من اختراع واحد » (٢) . ويرفق

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أشارت المادة الثانية إلى أنواع معينة من الاختراعات لا تمنح عنها براءات لأسباب تتعلق بالآداب أو النظام العام أو الصحة العامة . وهذا تمش مع الاتجاه التشريعي العام (القانون السويسري م ٢ - والقانون الفرنسي م ٢ - والقانون الفنلندي م ١٤) . فلا تمنح براءات عن الاختراعات التي ينشأ عن استغلالها إخلال بالآداب أو بالنظام العام ، ولا عن الاختراعات التي تتعلق بالأغذية أو بالعقاقير الطبية أو بالمركبات الصيدلية ، لما في احتكار إنتاج هذه المواد من إضرار بالصحة العامة . ومع ذلك فالمنع الخاص بهذه الاختراعات الكيميائية المنصوص عليها في المادة ٢ (فقرة ب) لا ينصرف إلا إلى المنتجات ذاتها ، لا إلى طريقة صنعها . وفي الأخط بنظام منح البراءة عن طريقة صنع المواد الكيميائية ، لا عن المنتجات الكيميائية ذاتها ، تشجيع الصناعات الكيميائية ، مؤد لازدهارها ، وهذه هي الطريقة التي اتبعها المشرع الألماني . وفي كل ذلك توفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمخترع . كذلك لا تعطى براءة الاختراع عن الخطط والوسائل الخاصة بالشؤون المالية وشؤون الائتمان » .

(٢) وتنص المادة ٥ من قانون براءات الاختراع على ما يأتي : « للأشخاص الآتي ذكرهم حق طلب براءات الاختراع : (١) المصريين . (٢) الأجانب الذين يقيمون في مصر ، أو الذين لهم فيها مؤسسات صناعية أو تجارية . (٣) الأجانب الذين ينتمون إلى بلاد تعامل مصر معاملة =

يطلب البراءة وصف تفصيلي للاختراع وطريقة استغلاله . ويجب أن يشمل الوصف بطريقة واضحة على العناصر الجديدة التي يطلب صاحب الشأن حمايتها . ويرفق بالطلب رسم للاختراع عند الاقتضاء . وذلك كله بالكيفية التي تحددها اللائحة التنفيذية (م ١٦ قانون براءات الاختراع) (١) .

وتفحص إدارة براءات الاختراع طلب البراءة للتحقق من أن الطلب مقدم من المخترع أو من آلت إليه حقوقه ، ومن أن الوصف والرسم بصوران الاختراع بكيفية تسمح لأرباب الصناعة بتنفيذه . ومن أن العناصر المبتكرة التي يطلب صاحب الشأن حمايتها واردة في الطلب بطريقة محددة واضحة (م ١٨) (٢) . فإذا ما تحققت الإدارة من كل ذلك ، قامت بالإعلان عن الطلب ، وعندئذ يجوز لكل ذي شأن أن يقدم للإدارة إخطاراً كتابياً بمعارضته في إصدار البراءة ويشتمل الإخطار على أسباب المعارضة (م ٢٠-٢١) . وتفصل

= المثل ، أو يقيمون بتلك البلاد ، أو يكون لهم فيها محل حقيق . (٤) الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو جماعات أرباب الصناعة أو المنتجين أو التجار أو العمال ، التي تؤسس في مصر أو بلاد تعامل مصر معاملة المثل ، متى كانت متمتعاً بالشخصية المعنوية ، (د) المصالح العامة .

(١) ويوجد وكلاء متخصصون في النيابة عن الغير لاتخاذ إجراءات تسجيل براءات الاختراع

يسمون « وكلاء البراءات » . وقد تدخل المشرع لتنظيم هذه المهنة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٥١ الخاص بمزاولة مهنة وكلاء البراءات .

(٢) وتنص المادة ٢٥ من قانون براءات الاختراع على أنه « إذا ظهر لإدارة براءات الاختراع أن الاختراع خاص بشؤون الدفاع . أو أن له قيمة عسكرية ، فعليها أن تطلع وزارة الحربية والبحرية فوراً على طلب البراءة والوثائق الملحقة به . ولوزير الحربية والبحرية أن يعارض في إعلان طلب البراءة إذا رأى فيه مساساً بشؤون الدفاع ، وله والسبب نفسه أن يعارض في نشر أو إعلان القرار الصادر بمنح البراءة لصاحب الاختراع ، وذلك في ظرف شهر من تاريخ تقديم الطلب أو من تاريخ صدور القرار . ولوزير الحربية والبحرية في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم طلب البراءة المعارضة في منح البراءة للطالب مقابل شراء الاختراع منه ، أو الاتفاق معه على استغلاله » .

وتنص المادة ٢٣ من نفس القانون على أنه « يجوز بقرار من وزير التجارة والصناعة نزع ملكية الاختراعات لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو بالدفاع الوطني . ويصحح أن يكون ذلك شاملاً جميع الحقوق المترتبة على البراءة أو على الطلب المقدم عنها ، كما يصحح أن يكون مقصوراً على حق استغلال الاختراع لحاجات الدولة . وفي هذه الأحوال يكون لصاحب البراءة الحق في تعويض عادل . ويكون تقدير التعويض بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة ٢٢ . ويكون التظلم من قرارها أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، وفي ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان قرار اللجنة للتظلم » .

في المعارضة لجنة إدارية من ثلاثة أعضاء ، ولها أن تستعين برأى ذوى الخبرة ، والقرار الصادر منها بقبول المعارضة أو برفضها يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإدارى بمجلس الدولة (م ٢٢ - ٢٣) . فإذا ما بت نهائيا في منح البراءة لطلبها ، منحت له بقرار من الوزير المختص . ويعد بالوزارة المختصة سجل يسمى «سجل براءات الاختراع»^(١) ، تفيد فيه البراءات وجميع البيانات المتعلقة بها^(٢).

(١) وهذا السجل يجوز للجمهور الاطلاع على البيانات المقيمة فيه وأخذ صور منها ، وقد نصت المادة ٢٧ من قانون براءات الاختراع على أن « لكل شخص أن يحصل على صور من طلبات البراءات والمستندات الخاصة بها ، وعلى مستخدجات من سجل براءات الاختراع . واه كذلك أن يطلع على الطلبات والمستندات والسجل ، وذلك بالكيفية المينة باللائحة التنفيذية » .

(٢) ولم يأخذ النظام المصرى بطريقة الفحص السابق التى أخذ بها النظام الإنجليزى ، وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد : « وهناك نظامان رئيسيان فيما يتعلق ببراءات الاختراع : أحدهما النظام الفرنسى وهو يقوم على حرية منح البراءة بمجرد الإيداع دون فحص أو معارضة ، والثانى النظام الإنجليزى وهو يقوم على منح البراءة بعد الفحص الدقيق لتحقيق من توافر العناصر الموضوعية التى يستلزمها القانون فى الاختراع مع فتح باب المعارضة . وبين هذين النظامين نظم وسطى تدرج من النظام الفرنسى إلى النظام الإنجليزى ، منها التشريع السويسرى والبولونى اللذان أخذتا بنظام الإيداع بشروط خاصة ، والتشريع الهجرى والتشريع اليوغوسلافى اللذان زادا على التشريعين المشار إليهما فتح باب المعارضة للغير قبل منح براءة الاختراع ، وتشريع كندا وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية وقد أخذتا بنظام الفحص لتحقيق من توافر عنصر الجدة مع عدم جواز المعارضة وهما يقتربان من النظام الإنجليزى ، وأخيرا التشريع الألمانى الذى سائر النظام الإنجليزى فى الأخذ بنظام الفحص لتحقيق من توافر عنصر الجدة مع فتح باب المعارضة للغير قبل إصدار البراءة . وفى الأخذ بالنظام الفرنسى عيب جوهري ، إذ أنه يمنح براءات الاختراع بمجرد الإيداع ، مما يؤدى إلى منح براءات عن أشياء لا تعتبر اختراعا بالمعنى الذى يتأهل من المشروع الحماية القانونية . ولا وجود لهذا العيب فى النظام الإنجليزى ، إذ هو يقتضى لمنح البراءة فحصا سابقا وتحقيقا دقيقا تقوم عليهما أداة حكومية تتوافر لديها الوسائل الفنية اللازمة ولها تقايلدها وخبرتها فى مختلف العلوم والفنون . لذلك أخذ الفكر التشريعى فى البلاد المختلفة يعدل عن نظام الإيداع البسيط ، وينزع نحو الأخذ بنظام الفحص السابق . وإذا كان من غير الملائم أن تأخذ مصر فى إبان نهضتها الصناعية بالنظام الفرنسى الذى بدأت الدول تعدل عنه ، كما أنه ليس من الميسور عملا أن تبدأ بالأخذ بالنظام الإنجليزى (وهما هى إيطاليا بعد أن عدلت نظامها فى سنة ١٩٣٤ من الإيداع إلى الفحص السابق لم تتمكن من تطبيق النظام الأخير جملة ، واضطرت إلى تأجيل تنفيذه) ، إذا كان ذلك كذلك فقد روى اتباع طريق وسط : لهذا أثر المشروع أن يحتفى المشرع السويسرى فى الأخذ بطريقة الإيداع المقيد بشروط خاصة ، ولكنه زاد عليها فتح باب المعارضة . كما هو الشأن فى قوانين الهجرى ويوغوسلافيا وجنوب إفريقيا . -

٢٧٧ - واجبات صاحب براءة الاختراع : على صاحب براءة الاختراع ، متى قيدت البراءة في السجل الخاص بذلك . أن يدفع رسوما تملأها القانون . وعليه أيضاً أن يستغل الاختراع في مصر في خلال مدة معينة من تاريخ منح البراءة ، وإلا جاز لإدارة البراءات أن تكل استغلال الاختراع لشخص آخر بشروط معينة .

أما عن الرسوم الواجب على صاحب البراءة دفعها ، فقد نصت المادة ١٣ من قانون براءات الاختراع في هذا الخصوص على أن « يدفع عند تقديم طلب البراءة أو طلب التجديد رسم قدره خمسة جنيهات . ويدفع رسم سنوى ابتداء من السنة الثانية لغاية انتهاء مدة البراءة ، ويكون هذا الرسم مائة قرش عن السنة الثانية ، ويزداد سنوياً بإضافة خمسين قرشاً على رسم السنة السابقة . ولا ترد هذه الرسوم بحال » .

وأما عن وجوب استغلال الاختراع في مصر في خلال مدة معينة ، فقد نصت المادة ٣٠ من قانون براءات الاختراع على أنه : « إذا لم يستغل الاختراع في مصر خلال ثلاث سنين من تاريخ منح البراءة ، أو عجز صاحبه عن استغلاله استغلالاً وافياً بحاجة البلاد ، وكذلك إذا أوقف استغلال الاختراع مدة سنتين متتاليتين على الأقل ، جاز لإدارة البراءات أن تمنح رخصة إجبارية باستغلال الاختراع لأي شخص رفض صاحب البراءة التنازل له عن حق الاستغلال أو علق تنازله على شروط مالية باهظة . ويشترط لمنح الرخصة الإجبارية أن يكون طالبها قادراً على استغلال الاختراع بصفة جدية ، ويكون لصاحب البراءة الحق في تعويض مناسب . وعلى إدارة البراءات أن تعلن لصاحب البراءة بصورة من الطلب المذكور ، وعليه أن يقدم لها في الميعاد الذي تحدده اللائحة التنفيذية رداً كتابياً على هذا الطلب . وإذا لم يصل الرد في الميعاد المحدد ، أصدرت الإدارة قراراً بقبول الطلب أو رفضه ، ولها أن تعلق القبول

وبذلك يمكن تحقيق بعض نتائج نظام الفحص الكامل . وقد توخى المشروع أن يكون بالأداة الحكومية القائمة على التنفيذ لجنة تفصل في المنازعات المتعلقة ببراءة الاختراع ، مع إجازة الطعن أحياناً في قراراتها أمام القضاء . والنظام المقترح يؤدي إلى تدريب الأداة الحكومية الجديدة ، وتكوين نواة من الفنيين تمكن في المستقبل من الأخذ بالنظام الإنجليزي المعتبر في المجال الدول نظاماً نموذجياً .

على ما تراه من الشروط . وقرار الإدارة قابل للطعن أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة . في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار صاحب الشأن به^(١) . ونصت المادة ٣١ من نفس القانون على أنه « إذا رأت إدارة براءات الاختراع ، برغم فوات المواعيد المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابقة ، أن عدم استغلال الاختراع يرجع إلى أسباب خارجة عن إرادة صاحب البراءة ، جاز لها أن تمنحه مهلة لا تتجاوز سنتين لاستغلال الاختراع على الوجه الأكمل » .

٢٧٨ - مفهوم صاحب براءة الاختراع : تحول البراءة مالكمها ، دون غيره^(٢) ، الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق (م ١٠) . ويجوز لطالب البراءة أن يقوم باستغلال اختراعه من تاريخ تقديم الطلب (م ١٧) . ويكون له الحق ، من ذلك التاريخ ، في استغلال اختراعه مدة خمس عشرة سنة . وله أن يطلب بعد ذلك تجديدها مرة واحدة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، بشرط أن يطلب التجديد في السنة الأخيرة وأن يثبت أن للاختراع أهمية خاصة ، وأنه لم يجن منه ثمرة تتناسب مع جهوده ونفقاته . أما البراءات التي تمنح عن الاختراعات الكيميائية المتعاقبة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية ، فتكون مدتها عشر سنوات غير قابلة للتجديد .

(١) وتنص المادة ٣٦ من قانون براءات الاختراع على أنه « إذا لم يستغل الاختراع في مصر في السنتين التاليتين لمنح رخصة إجبارية ، جاز لكل ذي شأن أن يطلب إلى إدارة براءات الاختراع إلغاء البراءة الممنوحة عنه » .

(٢) وقد نصت المادة ١٢ من قانون براءات الاختراع على أنه « لا يسرى حكم البراءة على من كان يستغل الاختراع صناعياً أو قام بالأعمال اللازمة لاستغلاله بحسن نية قبل تقديم طلب البراءة ، فيكون له حق استغلال الاختراع لحاجات منشأته ، دون أن ينتقل هذا الحق مستقلاً عن المنشأة ذاتها » . وفي هذا النص حماية كافية لحائز الاختراع بحسن نية ، دون أن يكون هو المخترع الذي يمنح البراءة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد : « ويترتب على منح البراءة الاعتراف للمالك دون غيره بحق استغلال الاختراع ، مع رعاية حق مستغل الاختراع أو من قام بالأعمال اللازمة للاستغلال بحسن نية في مصر ، إذ له حق حيازة شخصي ولا يجوز التمسك بالبراءة ضدها . ولما كان هذا الحق الشخصي استثناء لا يجوز التوسع فيه ، فقد وجب قصره على استعمال الاختراع لحاجة منشأة صاحب حق الحيازة الشخصي ، ولم يجوز له نقله إلى الغير إلا مع المنشأة ، وذلك وفقاً لما هو مقرر في القانون السويسري (م ٨) » .

ولصاحب البراءة ، في المدة التي تبقى فيها البراءة نافذة ، أن يتصرف فيها بعوض وبغير عوض ، وأن يرهنها ، ويجوز الحجز عليها من دائيه ، وتنقل منه إلى خلفه بالميراث وبالوصية .

وتنقضى حقوق صاحب براءة الاختراع بانقضاء مدة الحماية ، وبتنازل صاحب البراءة عنها قبل انقضاء مدة الحماية ، وبصدور حكم ببطلان البراءة^(١) ، وبعدم دفع الرسوم المستحقة في مدة ستة شهور من تاريخ استحقاقها .

§ ٣ - طرق حماية براءة الاختراع

٢٧٩ - الإجراءات التحفظية : تنص المادة ٤٩ من قانون براءات الاختراع على أنه « يجوز لصاحب براءة الاختراع أو الرسم أو النموذج ، أثناء نظر الدعوى الإدارية أو الجنائية ، أن يستصدر من محكمة القضاء الإداري أمراً باتخاذ الإجراءات التحفظية ، وخاصة بحجز المنتجات أو البضائع المقلدة والآلات والأدوات التي استخدمت أو قد تستخدم في ارتكاب الجريمة ، والبضائع المستوردة من الخارج إثر ورودها . ويجوز لصاحب براءة الاختراع أو الرسم أو النموذج أن يستصدر الأمر باتخاذ ما تقدم من الإجراءات قبل رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ، وإنما يجب عليه في هذه الحالة أن يقوم برفع دعواه الإدارية أو المباشرة أو بتقديم شكواه للنيابة في ظرف ثمانية أيام عدا أيام مواعيد المسافة من تاريخ تنفيذ الأمر ، وإلا بطلت هذه الإجراءات من تلقاء نفسها . ويرفع صاحب الشأن طلبه باتخاذ هذه الإجراءات بعريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل الاختراع أو الرسم أو النموذج الصناعي . ويجوز عند الاقتضاء أن يشمل الأمر الصادر باتخاذ هذه الإجراءات ندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر في تنفيذه » .

(١) تنص المادة ٣٥ من قانون براءات الاختراع على أن « لإدارة براءات الاختراع ولكل ذي شأن أن يطلب إلى محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة الحكم بإبطال البراءات التي تكن قد منحت مخالفة لأحكام المادتين ٣٠٢ من هذا القانون ، وتقوم الإدارة المذكورة بإلغاء هذه البراءات متى تقدم لها حكم بذلك حائز لقوة الشيء المقضي . ويجوز للمحكمة أن تحكم ، بناء على طلب إدارة براءات الاختراع أو بناء على طلب ذي الشأن ، بإضافة أي بيان للسجل قد أغفل تدوينه به ، أو بتعديل أي بيان وارد فيه غير مطابق للحقيقة ، أو بحذف أي بيان دون به بغير وجه حق » .

٢٨٠ - الجزء المرفى : ويحكم على من تعدى على حقوق صاحب البراءة بالتعويض ، كما يحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التى تمجز فيما بعد لاستئزال ثمنها من الغرامات أو التعويضات ، أو للتصرف فيها بأية طريقة يراها القضاء الإدارى أو المحكمة الجنائية مناسبة . كما أن للمحكمة أن تأمر بإتلاف هذه الأشياء عند الاقتضاء ، ولها أن تحكم بكل ما سبق حتى فى حالة الحكم بالبراءة لعدم توافر ركن القصد الجنائى . ويجوز للمحكمة أيضاً أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقته المحكوم عليه ٥

٢٨١ - الجزء الجنائى : تنص المادة ٤٨ من قانون براءات الاختراع على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على ثلثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين : (١) كل من قلد موضوع اختراع منحت عنه براءة وفقاً لهذا القانون . (٢) كل من قلد موضوع رسم أو نموذج صناعى ثم تسجيله وفقاً لهذا القانون . (٣) كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو استورد من الخارج أو حاز بقصد الاتجار ، منتجات مقلدة أو مواد عليها رسم أو نموذج صناعى مقلد مع علمه بذلك ، متى كان الاختراع أو الرسم أو النموذج مسجلاً فى مصر . (٤) كل من وضع بغير حق ، على المنتجات أو الإعلانات أو العلامات التجارية أو أدوات التعبئة أو غير ذلك ، بيانات تؤدى إلى الاعتقاد بحصوله على براءة اختراع أو بتسجيله رسماً أو نموذجاً صناعياً » .

وتنص المادة ٥١ من نفس القانون على أن « تعتبر الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون هى والجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، وفى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع الغش والتدليس ، جرائم متماثلة فى العود » .

المبحث الثانى

الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية (*)

الطلب الأول

الرسوم والنماذج الصناعية

٢٨٢ - ما هى الرسوم والنماذج الصناعية : يعتبر رسماً أو نموذجاً

صناعياً كل ترتيب للخطوط ، أو كل شكل جسم بألوان أو بغير ألوان ، لا مستخرجه فى الإنتاج الصناعى بوسيلة آلية أو يدوية أو كيميائية .

فالنموذج هو شكل مجسم أعد لاحتذائه عند الإنتاج ، فتأتى المنتجات مطابقة للنموذج . مثل ذلك نماذج الملابس والأحذية والقبعات والمعاطف وهياكل السيارات والأوعية والخاروف وما إلى ذلك .

والرسم الصناعى مثله الرسوم والنقوش الخاصة بالمنسوجات والسجاجيد والجلد والورق الخاص بتغطية الجدران وأشغال الإبرة ، وعلى المجوهرات وأوعية مواد الزينة وعلب الحلوى وما إلى ذلك . والرسم الصناعى يطبق على السلعة عند إنتاجها صناعياً ، فينقل الرسم على كل وحدة من الإنتاج بطريقة آلية أو يدوية أو كيميائية .

وكل من النموذج والرسم الصناعى ينطوى على قدر من الابتكار ، ومن ثم يحميه القانون كما يحمى حق المخترع وحق المؤلف فيما قدمناه . فصاحب الرسم أو النموذج له الحق فى حماية رسمه أو نموذجيه من التقليد ، ويجب أن يقوم للوصول إلى ذلك بإجراءات خاصة لقيد الرسم أو النموذج فى سجل الرسوم والنماذج الصناعية .

٢٨٣ - إجراءات قيد الرسم أو النموذج فى سجل الرسوم والنماذج

الصناعية : يوجد بوزارة التجارة سجل خاص ، على نمط سجل براءات

(*) مراجع : Pouillet فى العلامات التجارية والمنافسة غير المشروعة الطبعة السادسة سنة

١٩١١ - Roubier فى النظرية العامة فى دعوى المنافسة غير المشروعة (مجلة القانون التجارى

سنة ١٩٤٨ ص ٥٤١ - ص ٥٩١)

الاختراع ، يسمى بسجل الرسوم والنماذج الصناعية . ويقدم طلب تسجيل الرسم أو النموذج إلى إدارة الرسوم والنماذج الصناعية ، بالأوضاع والشروط المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لقانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية . ويجوز أن يشتمل الطلب على عدد من الرسوم أو النماذج لا يتجاوز الخمسين ، بشرط أن تكون في مجموعها وحدة متجانسة . ومتى استوفى طلب التسجيل الشروط والأوضاع المقررة قانونا ، وجب تسجيل الرسوم والنماذج المقدمة .

ويجوز لطالب التسجيل التظلم من قرار إدارة الرسوم والنماذج الصناعية برفض التسجيل أمام نفس اللجنة الإدارية التي يرفع لها التظلم في خصوص براءات الاختراع ، ويجوز الطعن في قرارات هذه اللجنة أمام القضاء الإداري ، وهذا وذاك في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الطالب بقرار الإدارة أو اللجنة الإدارية .

٢٨٤ - واجبات ومفروض صاحب الرسم أو النموذج : يدفع الطالب عند تقديم طلب تسجيل الرسم أو النموذج ، وكذلك عند تقديم طلب التجديد ، رسما قدره مائتان وخمسون قرشا .

وبمجرد تسجيل الرسم أو النموذج تعفى إدارة الرسوم والنماذج للطالب شهادة يبين فيها عدد الرسوم والنماذج التي يشتمل عليها الطلب والمنتجات الصناعية المخصصة لها ، واسم المالك ولقبه وجنسيته ومحل إقامته . وتبدأ آثار التسجيل من تاريخ تقديم الطلب إذا كان مستوفيا للاشتراطات القانونية . ولكل شخص أن يطلب مستخرجات أو صورة من السجل .

وتسجيل الرسم أو النموذج يجعل لصاحبه وحده حق استعماله في منتجاته ، ولا يجوز لأحد غيره دون إذنه أن يستعمل الرسم أو النموذج . ومدة الحماية على هذا النحو خمس سنوات ، تبدأ من تاريخ طاب التسجيل . ويمكن أن تستمر الحماية مدينتين جديدتين على التوالي ، إذا قدم مالك الرسم أو النموذج طلبا بالتجديد في خلال السنة الأخيرة من كل مرة ، وذلك بالكيفية التي تبينها اللائحة التنفيذية . وتقوم إدارة الرسوم والنماذج الصناعية في خلال الشهر الثاني لانتهاء مدة الحماية بإخطار المالك كتابة بانتهاء المدة . فإذا انقضت الثلاثة الأشهر

التالية لتاريخ انتهاء مدة الحماية دون أن يقدم المالك طلب التجديد ، قامت الإدارة من تلقاء نفسها بشطب التسجيل .

ولصاحب الرسم أو النموذج أن يتصرف فيه وأن ينقل ملكيته للغير ، ولا يكون نقل الملكية حجة على الغير إلا بعد التأشير به في السجل ونشره بالكيفية التي تقررها اللائحة التنفيذية .

وقد يقضى بشطب التسجيل بناء على طلب كل ذي شأن إذا كان قد أجرى باسم شخص غير المالك الحقيقي للرسم أو النموذج ، فتي تقدم حكم نهائي من القضاء الإداري قاض بهذا الشطب تقوم إدارة الرسوم والنماذج الصناعية بشطب التسجيل الخاص باسم غير المالك الحقيقي للرسم أو النموذج . وتقوم الإدارة بهذا الشطب من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب ذوى الشأن .
وشطب التسجيل أو تجديده يجب النشر عنه وفقا للأوضاع التي تقررها اللائحة التنفيذية .

٢٨٥ - طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية - إمان : قدمنا عند

الكلام في براءات الاختراع أن طرق حماية هذه البراءات هي نفس طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية ، وقد صدر بها جميعا قانون واحد كما قدمنا هو القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ . وقد رأينا المادة ٤٩ من هذا القانون تقضى بجواز أن يستصدر صاحب الرسم أو النموذج أمراً باتخاذ إجراءات تحفظية ، منها الحجز على المنتجات والبضائع المقلدة والأدوات التي استخدمت في التقليد . ورأينا أنه يجب رفع الدعوى الموضوعية في ظرف ثمانية أيام أمام القضاء الإداري أو في صورة دعوى مباشرة أمام محكمة الجنح ، أو تقديم شكوى للنيابة في ظرف هذه المدة .

ورأينا أن هناك جزاء مدنيا هو التعويض ومصادرة الأشياء المحجوزة لاستئزال ثمنها من التعويض والغرامات ، وأن هناك جزاء جنائيا نصت عليه المادة ٤٨ من القانون سالف الذكر يقضى بالعقوبة على كل من قلد موضوع رسم أو نموذج صناعي تم تسجيله وعلى كل من ارتكب مخالفات أخرى ذكرها النص .

فنحيل هنا في كل هذا إلى ما قلناه هناك^(١) .

المطلب الثاني

العلامات والبيانات التجارية

٢٨٦ - ماهى العلامات التجارية : صدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩^(٢) - وهو أول قانون صدر لحماية ما يسمى بالملكية الصناعية - لتنظيم العلامات والبيانات التجارية^(٣). والعلامات التجارية (marques de fabrique)

(١) انظر آنفا فقرة ٢٧٩ - فقرة ٢٨١ .

(٢) المعدل بالقوانين رقم ١٤٣ لسنة ١٩٤٩ ورقم ٣٥١ و٤٥٣ لسنة ١٩٥٣ ورقم ٥٦٩ لسنة ١٩٥٤ ورقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٦ ورقم ٦٩ لسنة ١٩٥٩ .

(٣) وقد جاء في المذكرة المرفوعة لمجلس الوزراء عن قانون العلامات والبيانات التجارية :
« والعلامة التجارية هي التي يتخذها صاحب المصنع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو بضاعته تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة ، وتمكيناً للمستهلك من التعرف حقيقة مصدرها أينما وجدت . وبذلك يحمي نفسه من أن يفزوا منافسوه مناطق التصريف التي اختصت بها منتجاته أو بضاعته بتزويد علامته أو تقليدها . وقد استخدمت العلامات لتمييز منتجات الصناعة منذ زمن بعيد ، فكان الصانع يوقع باسمه على منتجاته أو يضع عليها شارة خاصة . ثم اتخذت تلك العلامات بعد ذلك أشكال الحيوانات أو النباتات أو الرسوم الخطية . أما العلامات التي استخدمت في التجارة فقد ظهرت في إيطاليا في القرن الخامس عشر ، حيث كان التاجر يستخدم العلامة بقصد الشهرة . وفي فرنسا كان استخدام علامات الصناعة إلزامياً في القرون الوسطى حيث كان يسودها نظام الطوائف (les corporations) ، فكانت تختم المنتجات بختم الطائفة وإلا أهدمت ... وبإلغاء نظام الطوائف سنة ١٧٨٩ ، اختفى نظام العلامات الإلزامية . وقد صدرت في فرنسا بعد ذلك بعض القوانين المتعلقة بحماية علامات المصنع بالنسبة لصناعات معينة اشتهرت بها بعض المدن الصناعية ، كصناعة الصابون والأسلحة والخردوات . وفي سنة ١٨٥٧ صدر في فرنسا قانون العلامات ، وهو المعمول به الآن ، خاصاً بعلامات الصناعة والتجارة على السواء . وقد أصبح ذلك النظام معمولاً به في أغلب دول العالم ... وقد لعبت العلامات التجارية دوراً هاماً في ميدان المنافسة حيث كانت لها من أقوى الدعامات وأقوى الأسلحة ، لأنها من أهم الوسائل التي يلبجأ إليها التاجر والصانع لتعريف نفسه إلى المستهلك سلفته ، وبها يضمن لنفسه عدم تضليل الجمهور وخديعة في أمرها ، مما يدفعه إلى بذل أقصى جهده في تحسين منتجاته وتخفيض تكاليف الإنتاج إلى أقل حد ممكن ليتسنى تفوقها على مثيلاتها جودة ورخصاً ، مما يجعل من نظام حماية العلامات التجارية فرضاً محتوماً على الحكومات لضمان التقدم الاقتصادي في ناحيتي الصناعة والتجارة ... لذلك أصدرت معظم الدول القوانين المتعلقة بحماية العلامات التجارية . ففي ألمانيا صدر قانون ١٢ مايو سنة ١٨٩٤ و ٢١ مارس سنة ١٩١٢ و ٥ مايو سنة ١٩٢٦ . وفي إنجلترا قانون ١١ أغسطس سنة ١٩٠٥ و ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٨ »

هى الأسماء المتخذة شكلا مميزاً (الجليل - الجليل) ، والكلمات (Arrow, Tonny, Bonsoir) ، والإمضاءات ، والحروف ، والأرقام ، الرسوم ، والرموز ، وعنوانات المحال (Délíce, Américaine, Groppi) ، والدمغات ، والأختام ، والتصاوير ، والنقوش البارزة ، وأية علامة أخرى أو أى مجموع منها يستخدم ، أو يراد به أن يستخدم ، إما فى تمييز منتجات عمل صناعى أو استغلال زراعى أو استغلال للغابات أو مستخرجات الأرض (من فحم وحديد وحجر ومعادن) ، أو أية بضاعة ، أو للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها (١) .

= ١٩٠٧ و ١٨ أغسطس سنة ١٩١١ و ٧ أغسطس سنة ١٩١٤ و ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ و ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ . وفى بلجيكا قانون أول أبريل سنة ١٨٧٩ و ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ و ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٣ . وفى أسبانيا قانون ١١ مايو سنة ١٩٠٢ و ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٩ . وفى الولايات المتحدة قانون ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ و ٢ مارس سنة ١٩٠٧ و ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ و ٨ يناير سنة ١٩١٣ . وفى إيطاليا قانون ٣٠ أغسطس سنة ١٨٦٨ و ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ و ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ . وفى سويسرا قانون ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٠ و ١٤ أبريل سنة ١٩١٠ و ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ... إلا أن عدم استطاعة المحاكم المصرية القضاء بالمقررات المقررة التى أشرنا إليها لم يعجزها عن منح قسط وافر من الحماية للعلامات التجارية بتطبيق أحكام القانون العام والقانون الطبيعى وقواعد العدل والإنصاف ، ولم تتوان بحكمة الاستئناف المختلطة فى تطبيق القواعد والمبادئ التى تضمنها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية المصنعية الصناعية ، وكانت جيز الحجز على البضائع والمنتجات المقلدة ، كما أنها كانت تقضى بالتعويضات المناسبة وبشتر الحكم .. فضلا عن ذلك فقد أوجدت المحاكم المختلطة نظاما لتسجيل العلامات التجارية بأقلام كتابها .. (ثم) رأت محكمة الاستئناف المختلطة فى جمعيتها العمومية المنعقدة فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ أن المصلحة العامة تقضى بتوحيد التسجيل بحصره فى مكان واحد ... فى قلم كتاب محكمة الاستئناف المختلطة بالإسكندرية ، وقد بدئ بتنفيذ هذا النظام من أول نوفمبر سنة ١٩٢٩ وهو معمول به لغاية الآن .

وجاء فى المذكرة التفسيرية لمشروع قانون العلامات والبيانات التجارية : « فى سنة ١٩١٨ أعدت إحدى اللجان الفرنسية لجنة إلغاء الامتيازات الأجنبية مشروع قانون فى هذا الموضوع بعد حملا جليلا ومفخرة لمن اشتركوا فى إعداده وهم : Pupikofor و Houriet و Cator . وقد وضع مشروع القانون الحال على ضوء المشروع الذى أعدته اللجنة المشار إليها ، ناقلا أهم أحكامه ، مهملها ما يجب تركه إلى اللائحة التنفيذية أو ما لا تقتضيه الحالة فى مصر ، ومخالفا له فى بعض النقاط . »

(١) وتنص المادة ٥ من قانون العلامات والبيانات التجارية على ما يأتى : « لا يسجل كعلامة تجارية أو كنصر منها ما يأتى : (١) العلامات الحالية من أية صفة مميزة أو المكونة من علامات أو =

فالعلامة التجارية إذن تميز المنتجات والبضائع بحيث يكون معروفا في الأسواق أن البضاعة التي تحمل هذه العلامة هي بضاعة معينة ، فلا تختلط

— بيانات ليست إلا التسمية التي يطلقها العرف على المنتجات أو الرسم أو الصورة العادية لها . (ب) كل تعبير أو رسم أو علامة مخلة بالآداب أو مخالفة للنظام العام . (ج) الشعارات العامة والأعلام وغيرها من الرموز الخاصة بالدولة أو بإحدى البلاد التي تعامل مصر معاملة المثل ، وكذلك أى تقليد للشعارات . (د) العلامات والدمغات الرسمية للبلاد سائلة الذكر الخاصة برقابتها على البضائع أو ضمانها ، في حالة ما إذا كانت العلامة التجارية التي تشتمل على تلك العلامات أو الدمغات يراد استخدامها في بضائع من نفس الجنس أو من جنس مماثل . (هـ) العلامات المطابقة أو المشابهة للرموز ذات الصبغة الدينية المحضة . (و) رموز الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر وغيرها من الرموز الأخرى المشابهة ، وكذلك العلامات التي تكون تقليداً لها . (ز) الأسماء الجغرافية إذا كان استعمالها من شأنه أن يحدث لبساً أيا كان فيما يتعلق بمصدر المنتجات أو أصلها . (ح) صورة الغير أو شعاراته ، ما لم يوافق مقدما على استعمالها . (ط) البيانات الخاصة بدرجات الشرف التي لا يثبت طالب التسجيل استحقاقه لها قانوناً . (ي) العلامات التي من شأنها أن تضلل الجمهور أو التي تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات أو عن صفاتها الأخرى ، وكذلك العلامات التي تحتوي على بيان اسم تجارى وهمي أو مقلد أو مزور .

وتطبيقاً لما تقدم ، لا تمد علامة ، لانعدام الصفة المميزة ، صورة فلاح مصرى (استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠١) ، أو صورة رجل يركب حصاناً (استئناف مخطط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٧٧) ، أو صورة رأس امرأة في صبغة للشعر (استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٨) ، أو رسم مثلث (استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٥) ، أو كلمة نباتين للسن الصناعى (استئناف الإستئنافية ٢٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٣ - ٢١٢) ، أو الجبن الهولندى ، أو السجائر للتوسكانى ، أو البن اليمنى . وتصلح الشارات إذا اتخذت شكلاً مميزاً (استئناف مخطط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) ، كأن تكتب بحروف خامسة أو بنون خاص أو في دائرة أو في مربع .

ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالأسماء ، اسم التاجر أو المصانع بشرط أن يتخذ هذا الاسم شكلاً مميزاً (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٦٣) ، كأن يكتب في دائرة أو مربع أو بالخط الكوفى أو الفارسى أو الديوانى (مثل ذلك فوررد والشير اويشى وسنجر وياسين) . ويجوز استعمال اسم الغير برضائه ، واستعمال الإماء بشرط أن يتخذ شكلاً مميزاً . وقد تتكون العلامة من تسمية مبتكرة ، مثل ذلك صابون بالموليف وسجاير بلمنت ومشروب كوكاكولا وثلاجة إيديال . ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالحروف والأرقام ، الحروف الأولى لاسم التاجر ، أو حروف أخرى مثل M.M. لنوع من السجاير ، وسجاير ٢٣٣ ، وصابون ج ١١ . ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالرسوم والنماذج والرموز ، سفينة أو أهرام أو نجم أو أسد أو غزال أو نسر أو صورة بحار . ويجوز للتاجر أن يتخذ صورته كعلامة مثل چيليت ، أو صورة أحد مشاهير رجاله بشرط رضا هذا الشخص أو رضاه ورثته .

بغيرها من البضائع ، ويستطيع طالب هذه البضاعة بالذات أن يطمئن إذا ما وجد العلامة موضوعة على البضاعة التي يتعامل فيها . وقد حدد القانون فئات المنتجات التي تسجل عنها العلامات ، وأهمها المنتجات الكيماوية والدهانات والمستحضرات الخاصة بتبييض الأقمشة والزيوت والشحوم ومواد الصيدلة والطب البيطري والمعادن غير المشغولة ونصف المشغولة والآلات والأجهزة العلمية والبحرية الخاصة بتمسح الأراضي والسدود والأجهزة التي تستخدم في الجراحة والطب وأجهزة الإنارة والتدفئة وأجهزة النقل البري والمائي والجوى والأسلحة النارية والمعادن النفيسة والآلات الموسيقية والورق والجلود المدبوغة ومواد البناء والأثاث والأدوات والأوعية المنزلية والغزل والخياط والمنسوجات والملابس والأحذية والأبسطة واللعب واللحوم والأسماك والطيور والبن والشاي والسكر والأرز والحاصلات الزراعية والبيرة والأنبذة والمشروبات الروحية . وقد نصت المادة ٧ من قانون العلامات على ألا تسجل العلامات إلا عن فئة واحدة أو أكثر من هذه الفئات التي تقدم ذكر أهمها .

وليست العلامة التجارية في ذاتها تنطوي على ابتكار ، كما ينطوي الاختراع والرسوم والنماذج ، ولكن القانون مع ذلك يحميها لأنها تميز بضاعة تعتبر ذات خصائص مرغوب فيها . فالبضاعة ، لا العلامة التجارية ، هي التي تنطوي على الابتكار ، ومن أجل ذلك يحميها القانون عن طريق العلامة التجارية .

٢٨٧ - إجراءات تسجيل العلامات التجارية : هناك سجل بوزارة

التجارة يسمى سجل العلامات التجارية ، ويجوز لصاحب العلامة (١) أن يتقدم بطلب قيدها في هذا السجل . ويقدم طلب التسجيل إلى إدارة تسجيل

(١) وتنص المادة ٤ من قانون العلامات والبيانات التجارية على ما يأتي : « للأشخاص الآتي ذكرهم حق تسجيل علاماتهم : (١) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مصرى الجنس . (٢) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مقيم بمصر أو له فيها محل حقيقى . (٣) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر ينتمى لبلاد تعامل مصر معاملة المثل أو يقيم بها أو له فيها محل حقيقى . (٤) الجمعيات أو جماعات أرباب الصناعة أو المنتجين أو التجار التي تكون مائة في مصر أو في إحدى البلاد المذكورة آنفاً ، إذا كان يمكن اعتبارها متمثلة بالأهلية المدنية . (٥) المصالح العامة . »

العلامات التجارية . ويجوز لهذه الإدارة أن تفرض من القيود والتعديلات ما ترى لزومه لتحديد العلامة . وللطالب أن يتظلم من قرار الإدارة في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إخطاره به . أمام لجنة إدارية تشكل لهذا الغرض . وإذا أيدت اللجنة قرار الإدارة برفض تسجيل العلامة لمشايتها علامة أخرى سبق تسجيلها ، فلا يجوز للطالب تسجيل علامته إلا بناء على حكم قضائي يصدر ضد صاحب التسجيل . وعلى الإدارة في حالة قبول تسجيل العلامة الشهر عنها ، ولكل ذي شأن أن يقدم للإدارة إخطارا كتابيا بمعارضته في تسجيل العلامة ، وعلى طالب التسجيل الرد ، وتصدر الإدارة قرارا بقبول التسجيل أو رفضه . وقرارها في ذلك قابل الطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية (لم يكن مجلس الدولة قد أنشئ في سنة ١٩٣٩) في ميعاد عشرة أيام من تاريخ إخطار صاحب الشأن به . ويعطى لمالك العلامة بمجرد إتمام تسجيلها شهادة يبين فيها تاريخ الطلب وتاريخ التسجيل والاسم التجاري ولقب مالك العلامة ومحل إقامته وجنسيته ، وصورة مطابقة للعلامة ، والمنتجات أو البضائع المخصصة لها العلامة ، ويكون للتسجيل أثره من تاريخ تقديم الطلب . ولكل شخص أن يطلب مستخرجات أوصورا من السجل^(١)

(١) وقد جاء في المذكرة التفسيرية لقانون العلامات والبيانات التجارية : « بالرجوع إلى القوانين الأجنبية نجد أنها تتبع إحدى النظريات الأربع المبينة فيما يلي : (النظرية الأولى) وقد اتبعها القانون الفرنسي الصادر في سنة ١٨٥٧ . وبمقتضاها يقبل طلب التسجيل بدون فحص سابق ، بمعنى أنه لا يجوز للموظف الذي يتسلم طلبات التسجيل أن يرفض إجراء التسجيل بحجة أن العلامة ليست جديدة أو لأي سبب آخر . (النظرية الثانية) وقد اتبعها قانون الاتحاد السويسري الصادر في ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٠ المعدل بالقانون الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، وبمقتضاها تسجل العلامة بدون فحص سابق على مسئولية الطالب ، مع رفض تسجيلها في حالات نص عليها القانون ، وعلى الأخص عند ما تكون العلامة منافية للأداب العامة . أما إذا وجد المكتب أن العلامة ليست جديدة فعليه إخطار الطالب ، وهذا له أن يتسك بطلبه أو أن يسحبه . (النظرية الثالثة) وقد اتبعها القانون الألماني الصادر في ١٢ مايو سنة ١٨٩٤ والمعدل في ٥ مايو سنة ١٩٣٦ ، وبمقتضاها يمكن رفض التسجيل ، وعلى الأخص إذا اشتملت العلامة على شعارات أو علامات منافية للأداب العامة . وعندما يجد المكتب أن العلامة المطلوب تسجيلها تطابق تمام المطابقة علامة أخرى سبق تسجيلها فعليه أن يرفض التسجيل . وللطالب في هذه الحالة فقط إثبات أحقية العلامة بطريق رفع الدعوى على صاحب التسجيل الأول . (النظرية الرابعة) وقد اتبعها القانون الإنجليزي الصادر في ٢٣ أغسطس سنة ١٨٨٧ والمعدل في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ ، بمقتضاها لا يقبل التسجيل إلا -

٢٨٨ - واميات ومفوق صاحب العلامة التجارية : يعتبر من قام

بتسجيل العلامة التجارية مالكا لها ، وله وحده دون سواه أن يستعملها على بضائعه ومنتجاته . وتصبح ملكيته للعلامة غير قابلة للمنازعة فيها ، إذا هو استعملها بعد تسجيلها بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع عليه بشأنها دعوى حكم بصحتها^(١) . وعلى صاحب

= بعد فحص سابق للعلامة، يكون متضمنا إشعار طلب التسجيل وفتح باب المعارضة للغير ، وتقدم الملاحظات لأمين السجل ، ويجوز التظلم من قراراته أمام المحكمة ... وقد روى تفادى الصعوبات التي يشتمل عليها التشريع الإنجليزي ، كما روى عدم الاعتد بالنظام الفرنسي المناقش له ، لما في تطبيقهما من الإضرار بطلال، التسجيل وبالمير على السواء .. لم يبق أمامنا إذن غير النظريتين الوسطيين ، وقد رأينا أن نختار منها نظرية القانون الألماني (م ٨ و ٩ من المشروع) .

(١) وقد جاء في المذكرة التفسيرية لقانون العلامات والبيانات التجارية في هذا الصدد :
« تبعا للنظرية التي أخذ بها القانون الفرنسي الصادر في سنة ١٨٥٧ يعتبر التسجيل مة رآ حق الملكية لا منشأ له . ومن مزايها هذه النظرية أن يكون مالك العلامة الذي يهمل تسجيلها بمأمن من أن يفتصب علامته منافس له بطريق تسجيلها باسمه . إلا أن هذه النظرية لا تخلو من المساوئ ، فمن جهة تجمع أصحاب العلامات على إهمال تسجيلها لأنه ليس هناك ما يضطرم إلى ذلك التسجيل ... ومن جهة أخرى فإن هناك ما هو أشد خطورة مما تقدم وذلك تعذر معرفة من له حق الأسبقية في حالة حصول تنازع على ملكية علامة قديمة . كل هذه المساوئ لا يكون لها وجود إذا أخذنا بنظرية أن التسجيل منشئ حق الملكية . ولذلك أخذت بعض القوانين الأجنبية ، وعلى الأخص القانون الألماني ، بالنظرية الأخيرة ، على أنها لا تخلو هي أيضاً من مساوئ كبيرة . ومع ذلك فليس من المتعذر العمل بالنظريتين معاً .. وهذا ما اتبعه القانون الإنجليزي حيث نص على عدم جواز الطعن في التسجيل بعد سبع سنوات .. وهذه النظرية هي التي أخذنا بها ... فبمقتضى المادة الثالثة يعتبر التسجيل قرينة على أسبقية استعمال العلامة ، وهذه القرينة يمكن أن تدحض بإثبات وجود استعمال سابق على تاريخ التسجيل ، لأن ملكية العلامة تكون لمن سبق أن استخدمها قبل غيره ، فالتسجيل ليس من شأنه أن ينشئ حق الملكية ، إنما هو يقرر فقط وجوده ... ومع ذلك فطبقاً لفقرة الثانية يصبح التسجيل منشأ لحق الملكية إذا استخدمت العلامة بصفة ظاهرة ومستمرة خمس سنوات من تاريخ التسجيل ، على أن يبقى لمن تكون له الأسبقية في استخدام ذات العلامة حق وضع اليد عليها ويكون ذلك الحق شخصياً فلا ينتقل منه إلى الغير كما لا يجوز التوسع فيه . وينبئ على ذلك أن العلامة لا يمكن أن تنتقل ملكيتها للورثة ولغيرهم ، ولا يمكن أن توضع على منتجات أخرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن التسجيل لا ينشئ الملكية بل يقررها ، وهو لا يصبح منشأ للملكية إلا إذا استمرت العلامة بصفة ظاهرة مستمرة خمس سنوات من تاريخه ، على أن يبقى لمن له الأسبقية في استخدام العلامة حق وضع اليد عليها ولا تجوز مداقته (نقض جنائي ٣ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ١٢٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان النزاع قائماً بين شخصين لم يكسب أحدهما ملكية العلامة التجارية باستعمالها خمس سنوات =

العلامة أن يدفع رسماً يبينه اللائحة التنفيذية لقانون العلامات والبيانات التجارية ، وعليه أن يستعمل العلامة ، ويجوز للمحكمة بناء على طلب أى ذى شأن أن تأمر بشطب التسجيل إذا ثبت لديها أن العلامة لم تستعمل بصفة جدية خمس سنوات متتالية ، إلا إذا قدم مالك العلامة ما يسوغ به عدم استعمالها . وإذا شطب تسجيل العلامة ، فلا يجوز أن يعاد تسجيلها لصالح الغير عن نفس المنتجات إلا بعد ثلاث سنوات من تاريخ الشطب . ولكل ذى شأن حق طلب الحكم بشطب العلامات التى تكون قد سجلت بدون وجه حق ، وتقوم الإدارة بشطب هذه العلامات متى قدم لها حكم بذلك حائز لقوة الشيء المقضى . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان قد مضى على استعمال العلامة بعد تسجيلها خمس سنوات على الأقل دون منازعة فيها . فقد قدمنا أنه لا يجوز فى هذه الحالة المنازعة فى صحة التسجيل .

ومدة الحماية المترتبة على تسجيل العلامة عشر سنوات ، ولصاحب الحق فيها أن يضمن استمرار الحماية لمدة جديدة إذا قدم طلباً بالتجديد فى خلال السنة الأخيرة ، وهكذا فى كل مدة تالية ، فالعلامة التجارية ليست لها مدة قصوى لحمايتها ، بل هى تحمى دائماً مادام صاحبها يقوم بطلب تجديد تسجيلها فى السنة الأخيرة من نهاية كل عشر سنوات . وحتى إذا لم يقدم صاحب العلامة طلب التجديد فى السنة الأخيرة من نهاية عشر سنوات ، فإن إدارة التسجيل تقوم فى خلال الشهر التالى لانتهاى عشر السنوات بإخطار صاحب العلامة بانتهاء مدة حمايتها ، فإذا انقضت الثلاثة الأشهر التالية لتاريخ انتهاء مدة عشر السنوات دون أن يقدم صاحب العلامة طلب التجديد ، قامت الإدارة من تلقاء نفسها بشطب العلامة من السجل .

سئل الأتقن من وقت تسجيلها ، فإن الملكية تنقضى لمن يثبت منها أسبقية فى استعمال العلامة ولو كان الآخ قد سبقه إلى تسجيلها أو إلى تقديم طلب بهذا التسجيل (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٤١) . وقضت أخيراً بأن التسجيل لا ينشئ بذاته حقاً فى ملكية العلامة التجارية ، إذ أن هذا الحق وليد استعمال العلامة ، ولا يقوم التسجيل إلا قرينة على هذا الحق يجوز دحضها لمن يدعى أسبقية فى استعمال العلامة ، إلا أن تكون قد استعملت بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع بشأنها دعوى حكم بصحتها (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٦ ص ٥٣٥) .

ولصاحب العلامة التصرف فيها بعوض أو بغير عوض ، ومع ذلك لا يجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها أو الخبز عليها إلا مع المحل التجارى أو مشروع الاستغلال الذى تستخدم العلامة في تمييز منتجاته . ويشمل انتقال ملكية المتجر أو مشروع الاستغلال العلامات المسجلة باسم ناقل الملكية التى يمكن اعتبارها ذات ارتباط وثيق بالمتجر أو المشروع : ما لم يتفق على غير ذلك (١) . ولا يكون نقل ملكية العلامة أو رهنها حجة على الغير ، إلا بعد التأشير به في السجل وشهره بالكيفية التى تقررها اللائحة التنفيذية (٢) .

٢٨٩ - البيانات التجارية : وتوجد ، إلى جانب العلامات التجارية ،

البيانات التجارية وهى أيضا يحميها القانون . ويعتبر بياناً تجارياً كل إيضاح يتعلق بما يأتى : (١) عدد البضائع أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو طاقتها أو وزنها . (٢) الجهة أو البلاد التى صنعت فيها البضائع أو أنتجت . (٣) طريقة صنعها أو إنتاجها . (٤) العناصر الداخلة في تركيبها . (٥) اسم أو صفات المنتج أو الصانع . (٦) وجود براءات اختراع أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية أو أية امتيازات أو جوائز أو مميزات تجارية أو صناعية . (٧) الاسم أو الشكل الذى تعرف به بعض البضائع أو تقوم عادة .

فالبيان التجارى إذن لا ينطوى على أى ابتكار ، وإنما هو بيان هام يعرف الجمهور بالمنتجات أو البضائع التى وضع عليها . وليس المقصود حماية البيان ذاته ، بل حماية الناس الذين يتعاملون في هذه المنتجات والبضائع ، ويطمثون إلى صحة البيان الموضوع عليها . لذلك يجب أن يكون البيان التجارى مطابقاً للحقيقة من جميع الوجوه ، سواء كان موضوعاً على نفس المنتجات أو على المحال أو المخازن أو على عنواناتها أو الأغلفة أو الفواتير أو أوراق الخطابات

(١) فيجوز الاتفاق على نقل ملكية المتجر أو المشروع من غير العلامة التجارية ، إذ قد يرى المالك عند نقل الملكية الاحتفاظ بعلامته التجارية إما لإعادة استعمالها لنفسه ، أو حبسها عن التداول ، أو لأى غرض آخر (نقض مدنى ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ ص ١٢٧٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الغير الذى لا يحتج عليه بنقل ملكية العلامة التجارية إلا بعد التأشير والشهر ، وفقاً لنص المادة ٢٠ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ ، هو كل من يثبت له حق العلامة الميزة حق عني بعوض (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٢٣ ص ١٨٠) .

أو وسائل الإعلان أو غير ذلك مما يستعمل في عرض البضائع على الجمهور . وعلى ذلك إذا كانت المنتجات واردة من الخارج ، فلا يجوز وضع اسم البائع أو عنوانه على هذه المنتجات ما لم يكن مقررنا ببيان دقيق مكتوب بحروف ظاهرة عن البلاد أو الجهة التي صنعت أو أنتجت فيها هذه البضائع . ولا يجوز للأشخاص المقيمين في جهة ذات شهرة خاصة في إنتاج بعض المنتجات أو صنعها (قبشى مثلاً للمياه المعدنية وبوردو للنبذ) الذين يتجرون في منتجات مشابهة واردة من جهة أخرى ، أن يضعوا عليها علاماتهم إذا كانت من شأنها أن تضلل الجمهور فيما يتعلق بمصدر تلك المنتجات ، حتى لو كانت العلامات لا تشمل على أسماء هؤلاء الأشخاص أو عناوينهم ، ما لم تتخذ التدابير الكفيلة بمنع كل لبس . ولا يجوز للصانع أن يستعمل اسم الجهة التي يوجد له بها مصنع رئيسي فيما يصنع لحسابه من منتجات في جهة أخرى ، ما لم يقترن هذا الاسم ببيان الجهة الأخيرة على وجه يمنع معه كل لبس^(١) . ولا يجوز ذكر ميداليات أو دبلومات أو جوائز أو درجات فخرية من أى نوع ، سواء أكانت كسبت في معارض أم في مباريات أم منحت من رؤساء الملوك أو الحكومات أو المصالح العامة أو هيئات العلماء أو الجمعيات العلمية ، إلا بالنسبة إلى المنتجات التي تنطبق عليها هذه المميزات ، وبالنسبة إلى الأشخاص والأسماء التجارية الذين كسبوها أو لمن آلت إليهم حقوقهم ، ويجب أن يشمل ذلك على بيان صحيح بتاريخها ونوعها والمعارض أو المباريات التي منحت فيها . ولا يجوز لمن اشترك مع آخرين في عرض منتجات أن يستعمل لمنتجاته الخاصة المميزات التي منحت للمعروضات المشتركة ، ما لم يعين بطريقة واضحة مصدر تلك المميزات ونوعها .

وقد يكون وضع البيان التجاري لازماً بموجب القانون ، فقد نصت المادة ٣٢ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أنه : إذا كان مقدار المنتجات أو مقاسها أو كيلها أو طاقتها أو وزنها أو مصدرها أو العناصر الداخلة

(١) وتنص المادة ٣٠ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أنه : يجوز أن تطلق على بعض المنتجات أسماء جغرافية أصبحت ألقاباً عامة تدل في الاصطلاح للتجارة على جنس النتائج لا على مصدره ، وتستثنى من ذلك الأسماء الإقليمية لمنتجات النبيذ .

فى تركيبها من العوامل التى لها دخل فى تقدير قيمتها ، جاز بمرسوم منع استيراد تلك المنتجات أو بيعها أو عرض ' للبيع ما لم تحمل بيانا أو أكثر من هذه البيانات . وتحدد بقرار وزارى الكيفية التى توضع بها البيانات على المنتجات ، والإجراءات التى يستعاض عنها بها عند عدم إمكان ذلك ، على أن تكسب هذه البيانات باللغة العربية .

٢٩٠ - طرق حماية العلامات والبيانات التجارية : هذه الطرق ، كطرق حماية براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، قد تكون إجراءات تحفظية ، وقد تكون جزاء مدنيا ، وقد تكون جزاء جنائيا .

ففىما يتعلق بالإجراءات التحفظية ، يجوز لمالك العلامة التجارية فى أى وقت ، ولو كان ذلك قبل رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ، أن يستصدر ، بناء على عريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل العلامة ، أمرا من القاضى باتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة ، وعلى الأخص حجز الآلات أو أية أدوات تستخدم أو تكون قد استخدمت فى ارتكاب الجريمة ، وكذلك المنتجات أو البضائع أو عنوانات المحال أو الأغلفة أو الأوراق أو غيرها مما تكون قد وضعت عليها العلامة أو البيان موضوع الجريمة . ويجوز إجراء هذا الحجز عند استيراد البضائع من الخارج ، ويجوز أن يشمل الأمر الصادر من القاضى نذب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر فى عمله ، وإلزام الطالب بتقديم كفالة . وتعتبر هذه الإجراءات باطلة بحكم القانون ، ما لم تتبع فى خلال ثمانية أيام حدا مواعيد المسافة برفع دعوى مدنية أو جنائية على من اتخذت بشأنه تلك الإجراءات .

وفىما يتعلق بالجزاء المدنى يحكم بالتعويضات على من اعتدى على صاحب العلامة التجارية أو على من وضع بيانا تجاريا غير صحيح على المنتجات والبضائع . ويجوز للمحكمة ، فى أية دعوى مدنية أو جنائية ، أن تحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التى تحجز فيما بعد ، لاستئزال ثمنها من التعويضات أو الغرامات ، أو للتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة . ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه . ويجوز لها كذلك أن تأمر بإتلاف العلامات غير القانونية ، أو أن تأمر عند الاقتضاء

بإتلاف المنتجات، والأغلفة ومعدات الخبز وسائر نوات المحال والكتانوجات وغيرها من الأشياء التي تحمل تلك العلامة أو تحمل بيانات غير قانونية ، وكذلك إتلاف الآلات والأدوات التي استعملت بصفة خاصة في عملية التزوير . ولها أن تأمر بكل ما سبق حتى في حالة الحكم بالبراءة .

وفما يتعلق بالجزاء الجنائي . تنص المادة ٣٣ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أن : يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة من عشرة جنيهات إلى ثلثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط : (١) كل من زور علامة تم تسجيلها طبقاً للقانون ، أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور^(١) ، وكل من استعمل بسوء التصيد علامة مزورة أو مقلدة . (٢) كل من وضع بسوء القصد على منتجاته علامة مملوكة لغيره . (٣) كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق ، مع علمه بذلك . وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون

(١) تزوير علامة هو اصطناع علامة تطابق مطابقة تامة العلامة الأصلية ، أما التقليد فهو اصطناع علامة مشابهة في مجموعها للعلامة الأصلية مشابهة من شأنها تضليل الجمهور . وتقدير وجود تشابه من شأنه أن يخدع الجمهور مسألة واقع ، متى كانت الأسباب سائلة (نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ ص ٤٨٦ - نقض جنائي ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٦٦) . وقد استندت أحكام القضاء (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١٠٠ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ١٠٦٣ - ٢٤ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٨٠) على القواعد الآتية : (١) يمتد بأوجه التشابه ، لا بأوجه الخلاف . (ب) العبرة في التشابه هو التشابه في المظهر العام لمجموع كل من العلامتين ، لا في التفاصيل والجزئيات . (ج) التشابه الذي يعتبر تقليداً هو التشابه الذي من شأنه تضليل الجمهور ، أي المستهلك العادي ، لا المستهلك المهمل ولا المستهلك اليقظ .

وانظر أيضاً نقض جنائي ٧ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ١٢٧٤ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ١٢٧٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ١٢٧٤ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن تشابه العلامتين من ناحيتي الشكل والجرس السمي لا يمكن أن يؤدي إلى الخلط والتس في مجال تجارة المسحوق المنظف اللازم لمساح الطبع والصباغة ، لأن الذين الذين يقتنون مثل هذه المنتجات هم من رجال الخبرة والفن (استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٦٠ المحاماة ٤١ رقم ٣٥٥ ص ٦٨٥) .

على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة من خمسة جنيئات إلى مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط : (١) كل من خالف أحكام المواد من ٢٧ إلى ٣٢ من هذا القانون (وهي الخاصة بمطابقة البيانات التجارية للحقيقة) .
 (٢) كل من استعمل علامة غير مسجلة في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات (ب) و (ج) و (د) و (و) و (ط) و (ي) من المادة الخامسة (علامات غير جائز استعمالها) . (٣) كل من ذكر بغير حق على علاماته أو أوراقه التجارية بيانا يؤدي إلى الاعتقاد بحصول تسجيلها » .

القسم الثاني
حق الملكية

تمهيد (*)

٢٩١ - الأساس الذي يقوم عليه حق الملكية ومشروعية هذا الحق :

حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً ، بل هو جامع هذه الحقوق العينية ،
وعنه تنفرع جميعاً . فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله
(*jus utendi*) ، وحق استغلاله (*jus fruendi*) ، وحق التصرف
فيه (*jus abutendi*) ، وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها
القانون للشخص على الشيء . فإذا اقتصر حق الشخص على استعمال الشيء
واستغلاله ، كان هذا حق انتفاع متفرعاً عن حق الملكية . وإذا اقتصر حقه على
استعمال الشيء لحاجاته الشخصية وحدها ، أو اقتصر حقه على السكنى دون أى
وجه آخر من وجوه الاستعمال ، كان هذا حق استعمال أو حق مكنى ، وكلا
الحقين متفرعان عن حق الملكية . وإذا اقتصر حقه على استعمال الشيء على وجه
معين أو الحصول منه على منافع معينة ، كان هذا حق ارتفاق ، هو أيضاً
متفرع عن حق الملكية . وإذا اقتصر حق الشخص على التصرف في الشيء
جبراً على المالك لاستيفاء حقه متقدماً على غيره من الدائنين ، كان هذا حق
رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، وكلها حقوق تبعية إذ هي تكفل الدين
فهي تابعة له ، وهي أيضاً متفرعة عن حق الملكية . فالمالك إذن يستطيع أن
يفعل في ملكه ما يشاء إلا ما ينهى عنه القانون ، أما صاحب أى حق عيني آخر
فلا يستطيع أن يفعل في الشيء إلا ما نص عليه القانون ولا يستطيع أن يفعل
أى شيء آخر .

وقد استتبع اتساع نطاق حق الملكية إلى هذا المدى البحث عن مشروعيته
والأساس الذي يقوم عليه ، فاختلقت المذاهب والأنظار في ذلك (١) . فبعض

(*) مراجع : انظر المراجع العامة المشار إليها في القسم الأول .

(١) فند هودافلاطون والملكية الفردية محل الهجوم عليها والدفاع عنها - انظر Landry في

الفائدة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٠١ - Tanerode Rothe في وجود الملكية سنة ١٩٢٠ -

Renard et Trotabas في الوظيفة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٢٠ - Coste-Floret في -

يذهب إلى أن الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي ، ولكن لو كانت الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي لوجدت في كل الأزمان والعصور ، وسرى أنها إنما كانت ثمرة تطور طويل ولم تكن موجودة من قبل . وبعض يذهب إلى أنها تقوم على الاستيلاء ، فمن وضع يده على مال ملكه وبقي مالكا له وانتقل منه إلى ورثته . ولكن الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية الفردية يفترض ضرورة أن الملكية الفردية كانت موجودة قبله ، حتى يصح أن يكون الاستيلاء سببا في كسبها . وهناك من يذهب إلى أن الملكية الفردية تقوم على النفع الاجتماعي لتفوقها على جميع نظم الملكية الأخرى ، إذ المجتمع الذي يمارس الملكية الفردية أرقى بكثير من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية من المجتمع الذي لا يمارسها . ولكن ذلك يفترض أن المجتمع كان بالخيار بين الملكية الفردية والملكية غير الفردية ، فاختار الملكية الفردية لنفعها . والصحيح أن الملكية الفردية لم تكن نتيجة مقارنة واختيار ، بل كانت ثمرة تطور طويل ظل أحقابا عديدة حتى انتهى إليها ، وسرى فيما يلي كيف تطورت الملكية .

وإذا أريد للملكية الفردية أن تقوم على أساس مشروع ، فخير أساس لها هو العمل . فالعالم يكسب أجر عمله ، وهذا الكسب الحلال هو بذرة الملكية الفردية . ومتى سلمنا بأن الفرد له حق مشروع في كسب عمله ، فقد سلمنا بمشروعية الملكية الفردية . هذا الكسب الذي جناه الفرد ثمرة لعمله هو ملك له ، وينبغي أن يستأثر به دون غيره ، فقد كسبه بعرق جبينه وبكده . ولا يوجد كسب حلال ككسب العمل ، حافز على العمل أفضل من الكسب الحلال . وإذا قلنا إن من حق الفرد أن يستأثر بكسب عمله ، فقد أثبتنا له حق ملكية فردية على هذا الكسب . ومن حقه إذن أن يستمتع بجميع عناصر حقه ، فينتفع به استعمالا واستغلالا ، ويتصرف فيه وهو لا يزال حيا ، وينتقل عنه إلى ورثته بعد موته . هذه هي عناصر الملكية الفردية ، لا مناص من التسليم بها

— الطبيعية الثمانونية الحق للملكية بموجب التقنين المدني ومنذ التقنين المدني رسالة من مونيه سنة ١٩٣٥ - Morand من الملكية الرأسمالية إلى الملكية الإنسانية سنة ١٩٣٦ - Odonard في الملكية في التقنين وفي التاريخ سنة ١٩٤٣ - Salleron من أبحاث في الملكية الاجتماعية سنة ١٩٤٧ - Jansse في الملكية ونظام الأموال في الدراسات الشرقية سنة ١٩٥٣ - Challeve في تاريخ الملكية الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٨ - Feretzane بحث في فكرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٣ .

منى سلمنا مبدأ الملكية الفردية في ذاته . وإذا كان الملك ينتقل في بعض الأحيان إلى ورثة لا يستحقونه ولم يكسبوه بعملهم هم ، فهذه ضرورة لا معدى منها ، ويعرض عنها ما تولده الملكية الفردية من حافز على العمل . على أن المال إذا انتقل إلى ورثة لا يستحقونه لا يلبث أن ينتقل من أيديهم ، وينتقل إلى أيدٍ أصلح .

فالعمل إذن هو الأساس المشروع الذي تقوم عليه الملكية الفردية ، وما الملك إلا الأجر استحقه الأجير ، وينبغي أن يعطى إياه قبل أن يحف عرقه .

٢٩٢ - التطور التاريخي للملكية في غرب أوروبا : ذهب

كثيرون من الباحثين إلى أن الملكية بدأت أولاً ملكية جماعية (*propriété collective*) ، تشترك فيها جميع أفراد القبيلة ولا يستأثر بها أحد منهم ، فكانت الأرض والأملحة والعديد بوجه خاص مملوكة ملكية جماعية للقبيلة في الحضارة البدوية . ولما استقرت الجماعات في الأرض ، وتطورت الحضارة من حضارة بدوية تقوم على رعى المواشى إلى حضارة زراعية تقوم على زراعة الأرض ، تطورت الملكية مع تطور الحضارة فأصبحت ملكية عائلية (*propriété familiale*) . وانتهت الملكية بعد تطور طويل إلى أن تكون ملكية فردية (*propriété individuelle*) ، ولكن مع بقاء بعض آثار الملكية العائلية كالميراث والوصاب الذي يجب أن يستبق للورثة دون أن تجوز الوصية فيه (١) . وإذا تابعنا التطور التاريخي لحق الملكية في غرب أوروبا منذ عهد الرومان إلى نشوب الثورة الفرنسية وصدور التقنين المدني الفرنسي ، وجدنا أن هذا الحق لم يبق على وتيرة واحدة ، بل إنه تطور تطوراً غير مطرد . فتبسطت الملكية ، ثم تعقدت ، ثم عادت إلى التبسط ، لتعود بعد ذلك إلى التعقيد ، وتنتهي أخيراً إلى التبسط .

ففي العهود الرومانية القديمة ، كانت الملكية جماعية (*gens*) وعائلية (*familia*) ، وكانت فردية في بعض الأشياء الاستثنائية المحددة ،

(١) انظر في ذلك Laveleye في الملكية الفردية وصورها البدائية الطابعة الرابعة سنة ١٨٩١ - Cuvillier في علم الاجتماع سنة ١٩٥٠ جزء ٢٠ فقرة ١٧٢ - مازو فقرة ١٢٩٩ - هلاينول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧١٤ - وقارن مارت وريينو فقرة ٣٢ .

كالمنقولات والعبيد ، وكان معنى الملكية يختلط بالمعنى الدينى وبمعنى سيادة الدولة . ولما قوى سلطان الدولة قامت الملكية العامة (ager publicus) ، وبدأ معنى الملكية الفردية يظهر على الأراضى التى كانت الدولة تقطعها للأفراد فى صور مختلفة . وانتهى الأمر فى العهد الكلاسيكى إلى ظهور الملكية الفردية (dominium ex jure quiritium) ظهوراً كاملاً مع دعمها على أسس قوية (plena in re potestas) . وإلى جانب هذه الملكية الفردية المبسطة ، ظهرت فى الأقاليم ملكية أخرى معقدة وهى الملكية البريطورية (prop. prétorienne) (prop. pérégrine) ou bonitaire : in bonis) ، حيث تقوم ملكية الدولة فوق ملكية الفرد فى الأرض الواحدة . وأخذت هذه الملكية الجديدة تتبسط شيئاً فشيئاً ، وتختفى فيها ملكية الدولة ويغلب حق الفرد ، حتى أصبحت فى عهد جيستينيان ملكية فردية تامة على غرار الملكية الرومانية .

ولكن ما لبثت العصور الوسطى والعادات الجرمانية أن عقدت الملكية الفردية من جديد ، وكانت الملكية فى العادات الجرمانية ملكية فردية فى المنقولات وفى منزل السكنى ، جماعية فى الأراضى الزراعية . وفى عهود الإقطاع بعد أن بدأت الحروب وتوطدت السلطات المركزية ، سادت الملكية الإقطاعية فى الأرض (féodalité foncière) ، وقامت الملكية الفعلية (domaine utile) إلى جانب الملكية الأصلية (domaine éminent, direct) . وتجردت الملكية الأصلية شيئاً فشيئاً عن معانى الملكية ، وأصبحت الملكية الحقيقية فى يد صاحب الملكية الفعلية . وتمثلت الملكية الأصلية فى بعض مزايا وخدمات وأعطيات (redevances) يؤديها التابع (vassal) أو الحائز (tenancier) وهو صاحب الملكية الفعلية إلى السيد (seigneur) وهو صاحب الملكية الأصلية . ولم تعد الملكية فى الواقع من الأمر إلا ملكية فردية واحدة ، هى ملكية التابع أو الحائز أى الملكية الفعلية ، وآات الملكية الأصلية إلى أن تكون مجرد تكاليف تثقل الأرض ، وأقرب إلى أن تكون حقاً من حقوق الارتفاق^(١) .

(١) انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣ - كولان وكايتان ودى لاموراندوير

ثم نشبت الثورة الفرنسية . واكتسح الفلاحون في الأقاليم قصور النبلاء ، و- رفقوا السجلات التي تتضمن ما لهؤلاء النبلاء من حقوق وتكاليف على الأرض ، بل وحرقوا معها في بعض الأحيان القصور ذاتها وقتلوا النبلاء أصحاب هذه القصور ، ونادوا بتحرير الأرض من كل التكاليف والحقوق الإقطاعية . وفي ليلة ٤ أغسطس سنة ١٧٨٩ ، بعد هدم الباستيل بأقل من شهر ، أقرت الجمعية الوطنية (Assemblée Nationale) قانونا يقضى بإلغاء الإقطاع إلغاء تاماً^(١) ، وتخلصت ملكية الأرض من جميع أنقالها الإقطاعية ، وأصبحت ملكية خالصة لصاحبها ، بل أصبحت « حقاً مقدساً لا يجوز انتهاك حرمة ، ولا يجوز حرمان صاحبه منه . إلا إذا قضت بذلك في وضوح ضرورة من مصلحة عامة ثبتت قانوناً . وبشرط تعويض عادل يدفع مقدماً » (م ١٧ من إعلان حقوق الإنسان)^(٢) . وفي دستور سنة ١٧٩١ ، في المادة ٨٧ منه ، وصف حق الملكية بأنه حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمة .

وسرت روح الثورة ، فيما يتعلق بحق الملكية ، إلى التقنين المدني الفرنسي ، فعرفته المادة ٥٤٤ من هذا التقنين بما يأتي : « الملكية هي الحق في الانتفاع بالشئ وفي التصرف فيه على نحو أشد ما يكون إطلاقاً ، بشرط ألا يستعمل الشئ على وجه يحرمه القانون أو اللوائح » . وقال پورتاليس (Portalis) في صدد هذه المادة : « لقد اعتبر دائماً مبدأ من المبادئ الحرة أن الملكية الفردية في التقنين المدني تدخل ضمن النظم الطبيعية ، بل النظم الإلهية . وأن حقوق الملاك على أملاكهم هي حقوق مقدسة يجب أن تحترمها الدولة نفسها » .^(٣)

(١) وقد نفذ هذا القانون عن طريق إصدار سلسلة من الدكرينات انتهت بقراره ١٧ يولييه سنة ١٧٩٣ (انظر مارتى ورينو فقرة ٣٥ ص ٣٩ - پلانيون ورييرو وبولانجييه ١ فقرة ٢٩٨٦) .

(٢) وهذا هو النص الفرنسي للمادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان : **La propriété, étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.**

(٣) Locre جزء ٨ ص ١٥٦ - على أنه يلاحظ أن الثورة الفرنسية لم تفعل إلا أن تسجل نهائياً تحرير الأرض من القيود الإقطاعية ، أما التحرير ذاته فقد تحقق تدريجياً على مدى قرون سبقت الثورة ، وكان أمراً قد تم في الواقع قبل إعلانه في القانون (انظر في هذا المعنى پلانيول ورييرو وبيكار ٣ فقرة ٤ ص ٦ - ص ٧) .

٢٩٣ - التطور التاريخي لحق الملكية في البلاد الإسلامية وفي مصر:

حق الملكية في المنقول اعترف به اعترافاً كاملاً في جميع البلاد الإسلامية ومنها مصر ، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

أما الأراضي فكانت قسمين : (١) أرضاً عشورية ، وهي مملوكة ملكية تامة لأصحابها ، وتدفع العشر عينا مما تغله للإمام (أى للدولة) . وتشمل جميع الأراضي الواقعة في الجزيرة العربية إذ لا يقبل فيها إلا الإسلام ، والأراضي التي أسلم أهلها طوعاً فتبقى لهم ويدفعون عنها العشر ، والأراضي التي فتحت عنوة وقهراً وقسمت بين الغانمين المسلمين فهؤلاء يملكون الأرض بقسمتها بينهم ويدفعون عنها العشر . (٢) أرضاً خراجية . وهذه تدفع الخراج للإمام ويترأخ بين الخمس والنصف بحسب تقدير الإمام . وتشمل الأرض الخراجية الأراضي التي فتحت عنوة وقهراً (في غير الجزيرة العربية) وتركها الإمام في يد أصحابها وضرب عليها الخراج بحسب تقديره^(١) ، والأراضي التي لم تفتح عنوة وقهراً بل أسلم أهلها صلحاً يضرب عليها الخراج بحسب عهد الصلح . والأرض الخراجية في البلاد المفتوحة صلحاً تكون ملكيتها بحسب الوارد في عهد الصلح ، فقد يرد في هذا العهد أن تترك الملكية لأصحابها فتكون لهم عليها ملكية تامة ولا يلتزمون إلا بدفع الخراج للإمام ، وقد يرد في عهد الصلح أن الأرض تكون وقفاً ولا يكون لأصحابها عليها إلا حق الانتفاع بها في نظير دفع الخراج . أما في البلاد المفتوحة عنوة وقهراً ، فللإمام الخيار بين جعل الأرض وقفاً وترك حق الانتفاع بها لأصحابها في نظير دفع الخراج . وبين ترك ملكية الأرض لأصحابها يملكونها ملكية تامة ولا يلتزمون إلا بدفع الخراج^(٢) .

ولما فتح العرب مصر . أقرؤا المصريين على أراضيهم ولم تنزع منهم ،

(١) والخراج غير الجزية ، فالخراج ضريبة على الأرض ، أسلم صاحبها أو لم يسلم ، وأما الجزية فضريبة على الشخص إذا لم يسلم وتعتبر مقابلاً لإعفائه من التجنيد في جيوش المسلمين .

(٢) انظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٩ والمراجع المشار إليها . انظر رسالته بالفرنسية في نطاق حق الملكية في مصر ص ٩ وما بعدها - ومؤلفه في الملكية العقارية في مصر وتطورها التاريخي ص ٧٥ وما بعدها .

وأصبحت أراضي خراجية يلتزم أهلها بدفع خراجها^(١) . ولما كان المصريون لا يملكون رقبة الأرض منذ حكم الرومان ومن قبلهم عن الفاتحين ، بل منذ عهد الفراعنة^(٢) ، فإن العرب اعتبروا أن رقبة الأرض قد انتقلت إلى الدولة الجديدة وقد حلت في ذلك محل الدولة البيزنطية ، وبقي لأصحاب الأراضي حق الانتفاع بها في نظير دفع الخراج .

وبنى الأمر كذلك إلى عهد محمد علي ، ففي سنة ١٨١٣ أمر محمد علي بمسح الأراضي المصرية ، وقسم البلاد إلى مديريات ومراكز ونواح ، وربط الأراضي المزروعة أو القابلة للزراعة زماما للنواحي . ووزع الأراضي بين أهالي الناحية للانتفاع بها . وبقيت أراضي خراجية يدفع عنها الخراج أو المال .

(١) وهناك خلاف فيما إذا كانت مصر قد فتحت صلحا أو فتحت عنوة وقهراً ، ومهما يكن من شأن هذا الخلاف فإنه لا أثر له مادام المصريون قد أقرروا على أراضيهم ولم تنزع منهم ، فهذا الإقرار جائز في حالتي الفتح صلحا والفتح عنوة وقهراً .

(٢) كانت مصر ، في عهد الفراعنة ، مقسمة إلى مقاطعات (nomes) ، ولم يكن سكان هذه المقاطعات ملاكاً للأراضي التي يؤدون عنها الضرائب ، بل كان لهم حق الانتفاع فقط ، وكانت الرقبة ملكاً لفرعون . وفي عهد الأسرة السابعة عشرة وزعت الأرض توزيعاً جديداً ، فاقسمها الملك والكهنة . ثم ظهرت طائفة ثالثة من الملاك ، هي طائفة الجنود المحاربين . ولكن كلا من طائفتي الكهنة والمحاربين لم يكن مالكا ملكية تامة للأرض ، بل كان له عليها حق انتفاع فقط . وفي عهد الأسرة الحادية والعشرين نودي بالإله آمون مالكا للأرض بدلا من الملك . أما الفلاحون فكانوا حائزين للأرض رد حيازة ، يزرعونها ويؤدون حيازة للدولة . ثم توسعت حقوقهم في عهد الأسر المصرية الأخيرة ، الثامنة والعشرين والتاسعة والعشرين والثلاثين ، فكان للفرد أن يؤجر الأرض ويبيعها ، وله كذلك أن يهبها بقبول معينة . ولكن ملكية الأراضي لم تحصل كاملة للحائز ، كما خلصت في عهد الرومان طبقا لأحكام قانون الألواح الإثني عشر .

وفي عهد البطالة كان الملك مستأثراً برقبة الجزء الأكبر من الأراضي المصرية . ولم يكن في ذلك العهد سوى الملك وله ملك الرقبة ، وطائفة الزرايع ولهم حيازة الأرض أو ملك المنفعة ، وكان عليهم أن يؤدوا للملك ضريبة إقراراً بحقه في ملك الرقبة .

ولم يغير الرومان من هذه النظم ، ولكن مصر ضمت إلى أملاك الإمبراطور . فأنقل هذا كاهل المصريين بضروب شتى من السخرة والتكاليف المالية . وكانت الضرائب ترسل إلى روما ، ثم إلى

مكدا لم يتغير نظام ملكية الأراضي ، فظل الملك مالكا لرقبة ، ويقطع الأرض للأفراد لزراعتها على أن يؤدوا ما يفرض عليهم من الضرائب .

انظر في تفصيل ذلك عهد كامل مرسى ٢ فقرة ٣ - فقرة ١٢ .

ثم صدرت اللائحة السعيدية ، في عهد محمد سعيد في ١٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ (٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤) ، توسع كثيراً من حقوق أصحاب الأراضى على أراضهم الخراجية . فأصبحت هذه الأراضى تورث عنهم الميراث الشرعى ، ويجوز لهم التصرف فيها ورهنها غاروقة وإيجارها ، حتى يمكن القول بأن أراضى مصر ، وإن بقيت أراضى خراجية ، أصبح لأصحابها عليها من الحقوق ما يقرب من حقوق الملاك . وهذه هى أهم الأحكام التى وردت فى اللائحة السعيدية فى هذا الصدد: (١) إذا مات صاحب الأرض ، فليت المال أن يوجهها إلى من شاء ، ولكن متى كان للميت ورثة شرعيون ، فمراعاة لتعيشهم وعدم حرمانهم من انتفاعهم بكونون أحق وأولى من الغير ، سواء كانوا ذكورا أو إناثاً . ويكون أخذهم لها بنسبة تقسيم الميراث الشرعى ، بشرط أن يكونوا مقتدرين على زراعتها وتأدية خراجها ولو بواسطة الوكلاء والأوصياء الذين يصير تنصيبهم عليهم بمعرفة القاضى عن يد الحكومة (بند ١) .

(٢) يجوز لأصحاب الأقطان الخراجية أن يسقطوا حقوقهم ويفرغوها لغيرهم ، بموجب حجج شرعية من محكمة الجهة أو النواب المأذونين بسماع الدعاوى الشرعية وكتابة الحجج ، ويكون ذلك بعد الاستئذان من المديرية وصدور الإذن منها بتحرير الحجة . ويشترط فى الحجة على المقرغ له أو المبيع له أن يكون ممثلاً إلى القوانين واللوائح التى تصدر من الحكومة ، ويكون ملزماً بسداد الأموال (بند ١٠) . (٣) يجوز رهن الأقطان الخراجية بالغاروقة من صاحب الأثر إلى من يريد ، بشرط أن يكون ذلك باطلاع المديرية (بند ٨) . (٤) يجوز لصاحب الأثر أن يوتر لمن يريد بمعرفته ، إنما يكون عقد الإيجار عن سنة واحدة إلى ثلاث سنين فقط ، ويجوز تجديدها . ولأجل ضبط واعتماد تحرير شروط الإيجارات . ينبغي ألا يكون عقد الإيجار أو المشاركة إلا بموجب سند ديوانى محرر بواسطة المديرية (بند ٩) . (٥) بما أن الأراضى الخراجية لا تملك للمزارعين فيها ، بل ليس لهم فيها إلا حق الانتفاع بها ماداموا يتعهدونها بالزراعة ، فإذا تركها المزارعون اختياراً مدة تبلغ ثلاث سنوات سقط حتمهم فيها ، وذلك بحسب أصول الشريعة . ومع كون الحكم الشرعى قضى بتجديد الثلاث السنوات . لكن بطريق العرف ، لما لوحظ من واقعات أحوال الأهالى ، يجوز عدولة سنتين أخريين على ذلك الميعاد لتكون المدة

خمس سنوات . فن كانت تحت يده أطيان خراجية ، ذكر آكان أو أنى ، وواضع يده عليها خمس سنوات فأكثر ، وقائم بتأدية ما عليها من الخراج لجهة الميرى ، فلا تنزع من يده ، ولا تسمح فيها دعوى ضده بوجه من الوجوه (بند ٥) . (٦) يكون لمن يفرس أشجارا أو يحفر سواقي أو ينشئ أبنية في أراضي الخراجية ، أو لورثته بعده ، التصرف فيها بجميع التصرفات الشرعية من بيع وهبة وغير ذلك (بند ١٢) (١) .

وفى عهد إسماعيل ، بموجب الأمر الكريم الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٨٦٦ (٢٢ شعبان سنة ١٢٨٢) ، أجزت الوصية فى الأراضي الخراجية ، دون وقفها لأن وقف الأطيان الخراجية يتعلق بالإرادة الخديوية .

ثم صدرت لائحة المقابلة فى ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧١ تقضى بأن من يدفع خراج ست سنوات مقدما على أطيانه ، ويطلب استخراج حجة شرعية أو الشرح على حجته التى تكون بيده ، يثبت له الحق فى الهبة والتوارث والوصاية والإسقاط (٢) .

وقد صدر التقنين الملبى المختلط فى سنة ١٨٧٦ ، مقننا للأحكام المتقدمة للذكر على الوجه الآتى : م ٢١ - الأموال الخراجية هى التى فى ملك الميرى ، وأسقط حق منفعتها للناس بالشروط والأحوال المقررة فى اللوائح : م ٣٥ - يجوز أن يكون حق الانتفاع مؤبدا متى قرره الحكومة على الأراضي الخراجية طبقا للوائح . م ٣٦ - وفى هذه الحالة يجوز إسقاطه كله أو بعضه أو رهنه . م ٤٨ - إذا لم يقم المنتفع بأرض خراجية بدفع الخراج ، جاز حرمانه من الانتفاع بها ، بشرط مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين . م ٤٩ - عدم القيام بسداد أموال الأراضي المملوكة الرقبة للميرى يترتب عليه فقط أن يباع بالطريق الجبرى جزء من حق الانتفاع بالأرض بقدر ما يكفى لسداد تلك

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧ ص ٩٠ - ص ٩٢ .

(٢) وقد ألقى الأمر العالى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ أحكام قانون المقابلة ، ولكن نص فى بند (٥) من هذا الأمر العالى على أن جميع أحكام القانون المذكور (قانون المقابلة) المتعلق بجعل حقوق ملكية الأطيان للذين دهموا عنها المقابلة تبقى مرعية الإجراء والعمل ، ودفع جزء من المقابلة يكفى للاستحواذ على حقوق الملكية التامة . وانظر أيضاً بند (٨٧) من قانون التصفية الصادر فى ١٧ يونيو سنة ١٨٨٠ .

الأموال . م ٢/٥٠ - ومن له حق انتفاع في أراض خراجية أو إيعادية يسقط حقه في الانتفاع ، إذا ترك الأرض بدون زراعة لمدة خمس سنوات ، وبشهر حق الانتفاع في المزداد بالتطبيق للوائح . م ١٠٥ - يكتسب حق الانتفاع في الأراضي الخراجية بوضع اليد مدة خمس سنوات ، بشرط أن يكون واضع اليد قائما بزراعتها .

ثم صدر التقنين المدني الأهل في سنة ١٨٨٣ ، وجاء في المادة ٦ منه ما يأتي : « تسمى ملكا العقارات التي يكون للناس فيها حق الملك التام ، وتعتبر في حكم الملك الأطنان الخراجية التي دفعت عنها المقابلة اتباعا للمنصوص بلائحة المقابلة وبالأمر العالي الصادر بتاريخ ٦ يناير سنة ١٨٨٠ » .

وفي ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ صدر أمر عال يجعل جميع الأطنان الخراجية ، حتى التي لم تدفع عنها المقابلة أو جزء منها ، مملوكة ملكية تامة لأصحابها (١) . ومن ذلك الوقت ألغى الفرق ما بين الأراضي المملوكة والأراضي الخراجية ،

(١) وهذا هو نص الأمر العالي المشار إليه : بعد الاطلاع على المادة الخامسة من أمرنا الصادر في ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بإلغاء المقابلة : بند ١ - اعتبارا من هذا التاريخ يكون لأرباب الأطنان الخراجية التي لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة في أملاكهم ، أسوة بأرباب الأطنان التي دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها . بند ٢ - تلغى جميع الأوامر والقرارات السابقة المخالفة لأحكام هذا الأمر » .

ولما كان هذا الأمر العالي يعدل من أحكام المادة ٦ من التقنين المدني الأهل ، فقد صدر أمر عال في ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ بتعديل المادة ٦ المذكورة على الوجه الآتي : بعد الاطلاع على المادة السادسة من القانون المتبع لدى المحاكم الأهلية المصدق عليه بالأمر العالي الصادر في ٢٦ ذي الحجة سنة ١٣٠٠ (٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣) « - وبعد الاطلاع على المادة الخامسة من الأمر العالي الصادر في ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بإلغاء قانون المقابلة ، المصرح فيها بأن تبقى جميع أحكام القانون المذكور المتعلقة بجعل حقوق ملكية الأطنان للذين دفعوا عنها المقابلة مرعية الإجراء والعمل ، وبأن دفع جزء من المقابلة يخول حقوق الملكية التامة في الأطنان المذكورة - وبعد الاطلاع على الأمر العالي الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ الذي جعل لأرباب الأطنان الخراجية التي لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة في أملاكهم أسوة بأرباب الأطنان التي دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها : م ١٠ - عدلت المادة السادسة من القانون المدني الأهل بالكيفية الآتية : يسمى ملكا العقارات التي يكون للناس فيها حق الملك التام ، بما في ذلك الأطنان الخراجية » .

وبالرغم من أن التقنين المدني المختلط لم يعدل كما عدل التقنين المدني الأهل ، إلا أن المحاكم المختلطة قضت باعتبار جميع الأطنان ملكا ، لا فرق في ذلك بين الأطنان الخراجية ، سواء أودعت عنها المقابلة أم لم تدفع ، وبين الأطنان العشورية .

انظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٩ ص ٩٧ والأحكام المشار إليها في هامش رقم ١

وأصبحت جميع الأراضي في مصر مملوكة ملكية تامة لأصحابها . وتمت بذلك حلقات تطور طويل ، مرت عليها ملكية الأراضي في مصر .

٢٩٤ - **الانجازات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية :** ويبدو أن الانجازات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية الفردية أخذت الآن تنعكس عما كانت عليه من قبل . ففي حين أن الملكية الفردية كانت تقوى وتتسع طوال القرن التاسع عشر والرابع الأول من القرن العشرين ، إذا بها في الوقت الحاضر ترجع القهقري تحت ضغط التيارات الاشتراكية والمذاهب الاقتصادية التي تناصر تدخل الدولة في تنظيم الملكية الفردية والحياة الاقتصادية بوجه عام . ويمكن تلخيص هذه الانجازات الحديثة ، التي تسود الآن كثيراً من بلاد العالم^(١) ، فيما يأتي^(٢) :

- ١ - استكثرت القوانين في مختلف بلاد العالم من القيود التي تحيط بالملكية الفردية ، وبخاصة بالملكية العقارية وملكية الأرض . وتغلبت في النهاية النزعة الحديثة التي تجعل للملكية وظيفة اجتماعية ، ولا تقصرها على أن تكون حفا ذاتيا يستأثر به صاحبه ويتصرف فيه على مقتضى هواه .
- ٢ - لم تقتصر الدولة على الامتكار من قيود الملكية ، بل سارت خطوات أسرع بكثير من ذلك . فأخذت تستولي على الملكيات الفردية في ميدان المصاحبة العامة ، تارة باسم الإصلاح الزراعي ، وطورا تحت راية التأميم الذي اتسع نطاقه اتساعا كبيرا في الوقت الحاضر في كثير من بلاد العالم .
- ٣ - وتشجع الدولة في الوقت الحاضر الملكيات الصغيرة ، فتفتت الملكيات الكبيرة وتجزئها إلى ملكيات صغيرة توزعها على صغار الفلاحين ، وهذه هي مهمة قوانين الإصلاح الزراعي . وهذا بالنسبة إلى الأراضي الزراعية ، أما بالنسبة إلى المباني فإن الدولة تعتمد عادة إلى تزويد الأسر بمساكن يختصون بها ، فتستكثر من تشييد المباني التي تخصصها لسكنى العمال بل ولسكنى

(١) وهذا غير البلاد ذات النظم الشيوعية ، فهذه النظم لا تعترف بالملكية الفردية إلا في حدود ضيقة ، أخصها المنقولات الشخصية ومنازل السكنى . أما الأرض والآلات وغيرها من وسائل الإنتاج ، فهي في هذه النظم لا يجوز أن تكون محلاً للملكية الفردية .

(٢) انظر مازو فقرة ١٣٠٣ .

الطبقات المتوسطة ، وتنظم ملكية الطبقات حتى يتيسر للأسرة أن تملك طبقة خاصة بها في مبنى متعدد الطبقات .

٤- وفي الوقت الذي تنحسر فيه الملكية الفردية عن الأرض والعقار بوجه عام ، إذا بها تمتد وتنسج رقعتها في المنقول . وقد تناولت الملكية الفردية كثيراً من المنقولات المستحدثة ، كالأسهم والحصص والأوراق المالية بوجه عام ، وما يسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية ، وقد رأينا أن التكييف الصحيح لهذه الملكية الحديثة هو أنها حقوق عينية منقولة تقع على أشياء غير مادية^(١) .

٢٩٥ - التعديلات الجوهرية التي أدخلها التقنين المدني الجديد في حق الملكية :

وإذا قارنا التقنين المدني السابق في حق الملكية بالتقنين المدني الجديد ، نجد أن التقنين المدني الجديد استحدث تعديلات جوهرية يمكن إجمالها - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي - في أمرين :

أولاً - جاء التقنين المدني الحالي (السابق) مقتضياً كل الاقتضاب في حق يعتبر من أهم الحقوق في القانون . فهو لم ينحصر لحق الملكية إلا نصاً يعرفه فيه ويذكر ما يعد من ملحقاته ، ونصاً آخر يشير إلى الملكية المعنوية . فإذا ضمنا إلى هذين النصين النصوص الأخرى التي وردت في حق الارتفاق ، وهي نصوص تتعلق بالقيود القانونية الواردة على حق الملكية ، استنفدنا بذلك كل النصوص التي وردت في التقنين الحالي (السابق) خاصة بهذا الحق . أما المشروع (التقنين المدني الجديد) فقد عرف حق الملكية تعريفاً استجمع فيه عناصر هذا الحق وقيوده . وأعقب التعريف بنصوص تحدد نطاق الملكية تحديداً يتمشى مع أحدث التطورات العلمية . وعزز ذلك بتقرير حماية هذا الحق ، فلا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي رسمها . وانتقل المشروع (التقنين المدني الجديد) بعد ذلك إلى ما يرد على الملكية من قيود . . . وانتقل المشروع (التقنين المدني

(١) انظر آتفا فقرة ١٦٦ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٢، فقرة ٢١٥ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٦٢ .

الجديد) بعد ذلك إلى أنواع خاصة من الملكية ، وذكر منها الملكية السائعة وملكية الطبقات ... » .

« ثانيا - لم يخلع المشروع (التقنين المدنى الجديد) على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين الحالى (السابق) ، بل نبذها إلى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلبة فى التثنيينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته ... » (١) .

٢٩٦ - فظة البحث : نجعل كلامنا فى حق الملكية فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول - حق الملكية بوجه عام ، نطاقه ووسائل حمايته .

الباب الثانى - القيود التى ترد على حق الملكية .

الباب الثالث - الملكية فى الشبوع .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦ - ص ١٠ - وانظر فى تنظيم الملكية فى التقنين المدنى الجديد ومقارنته بالتقنين المدنى القديم محمد عل عرفة فقرة ١٥٢ : وقد فصل عيوب التقنين القديم ومزايا التقنين الجديد فى الشكل وفى الموضوع .

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول

حق الملكية بوجه عام

٢٩٧ — تعريف من الملكية : تنص المادة ٨٠٢ مدني على ما يأتي :
« لملك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« لملك الشيء ، ما دام ملتزما بحدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به : وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » .
وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « لملك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ، وأصبح النص رقمه ٨٧٠ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب استبدلت عبارة « حق استعماله » بعبارة « حق استعمال الشيء » ، وأصبح رقم المادة ٨٦٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على المادة من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفته اجتماعية ، وقال إن فى هذا التعبير تصويراً لمذهب فلسفى . فرد ممثل الحكومة على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هى المتخلصة فى التقنيات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تصور حق الملكية ، فليس هذا الحق معالقا لا حذله ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك فنيجتان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هى التى تقدم بعد أن يعرض المالك تعريضاً هادلا . فوافقت اللجنة على النص ، على أن تعود إليه للنظر فى هذا التعبير الجديد . وفى جلسة تالية -

ويمكن أن يستخلص تعريف حق الملكية من هذا النص ، فيقال إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك في حدود القانون .

وقد كان التقنين المدني السابق يعرف حق الملكية ، في المادة ٢٧/١١ منه ، على الوجه الآتي : « الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة ... » . فكان حق الملكية في التقنين المدني السابق ، على غرار حق الملكية في التقنين المدني الفرنسي ، حقا مطلقا (absolu) . ولم يشأ التقنين المدني الجديد ، مسابرا في ذلك الاتجاهات الحديثة ، أن يجارى للتقنين المدني السابق في جعل حق الملكية حقا مطلقا . فتجنب في النص أن يصفه بهذا الوصف ، وزاد على ذلك بأن صرح بأن الحق مقيد إذ المالك يجب أن يلتزم حدود القانون . بل إن المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٢ مدني كان ينص صراحة على أن لحق الملكية وظيفة اجتماعية ، إذ كان يقول : « للمالك الشيء ، مادام ملتزما بحدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينضع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » . وبقي النص محتفظا بمعنى الوظيفة

— حذفت اللجنة عبارة : « على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية ، لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية ، وإن في التطبيقات التي أوردتها المشروع ما يفتى عنها » . وأصبحت المادة بذلك مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٨٠٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدتها لجنته ١ مجموعة الأعمان التحضيرية ٦ ص ١٣ - ص ١٦) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٧٦٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨١١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٤٨ : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما

ملكه ، عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبفعلها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة . (ويتفق هذا مع التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١١ : الملكية المقاربية هي حق استعمال عقار والتمتع والتصرف به ،

ضمن حدود التوافيق والتمارات والأنظمة . وهذا الحق لا يجرى إلا على المقارات الملك . (وهذا يتفق مع التقنين المصري - وانظر في حق الملكية بوجه عام في القواعد البناني : حسن كبرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن سنة ١٩٦٥ مذكرات على الآلة الكاتبة ص ٧١ - ص ٨٩) .

الاجتماعية في المشروع النهائي وفي المشروع الذي أقره مجلس النواب ، حتى إذا قدم المشروع للجنة مجلس الشيوخ حذفت اللجنة عبارة « على أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » « لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية ، وإن في التطبيقات التي أوردتها المشروع ما يغني عنها » . وقد قال ممثل الحكومة أمام لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد ما يأتي : « إن هذه الصفة (الصفة الاجتماعية لحق الملكية) هي المتغلبة في التقنيات الجديدة ، وهي التي تمثل النزعة الحديثة في تصور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقاً لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التي تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هي التي تقدم بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً » . ولم يكن اعتراض لجنة مجلس الشيوخ على العبارة وحذفها إياها على أساس أن اللجنة لا تشارك في الرأي المناقش بأن لحق الملكية وظيفة اجتماعية ، بل لأن « في هذا التعبير تصويراً لمذهب فلسفي » كما قال رئيس اللجنة ، ولأن العبارة « أشكل بالإيضاحات الفقهية » ، وإن في التطبيقات التي أوردتها المشروع ما يغني عنها » كما قالت اللجنة ذاتها (١) . فيجب التسليم إذن بأن عبارة « بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ، وإن حذفت في لفظها ، لا تزال باقية في معناها .

ومن ثم نستخلص من نص المادة ٨٠٢ مدني معلقة الذكر أمرين : (١) أن لحق الملكية عناصر وخصائص أشار إلى أكثرها النص (٢) . (٢) وأن لحق

(١) انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣ و ص ١٥ - ص ١٦ .

(٢) ولحق الملكية أوصاف (modalités) ، كما هو الأمر في الالتزام . وأهم أنواع الملكية الموصوفة :

- (أ) الملكية غير الخائز التصرف فيها (propriété inaliénable) ، وهي الملكية المقررة بالشرط المانع من التصرف ، وسيأتي بحثها (انظر ما يلي فترة ٣٠٧ - فترة ٣٢٣) .
- (ب) الملكية في الشيوع (propriété indivise) ، وسنفردها باباً مستقلاً لأهميتها (انظر الباب الثالث من هذا القسم) .
- (ج) الملكية القابلة للتفويض (propriété résoluble) ، وأبرز صورها الملكية -

الملكية وظيفية اجتماعية (١). وتناول به ث هذين الأمرين على التعاقب .

= المعلقة على شرط فاسخ . وقد سبق بحث شرط في الكسب في نصرة الالتزام بوجه عام ، وبيننا هناك أن الشرط كما يلحق الالتزام يلحق الملكية والحقوق المبنية الأخرى ، وفصلنا أحكام الشرط ، فنحيل هنا إلى ما للدناء هناك (الوسيط ٣ فقرة ٤ وما بعدها) .

(د) الملكية الظاهرة (*proprété apparente*) ، وهي ملكية قائمة على مجرد المظهر ، وقد سبق أن بحثنا تطبيقات مختلفة للحقوق التي يولدها المظهر . من ذلك الوكالة الظاهرة والاسم المستعار أو المسخر (انظر الجزء السابع من الوسيط) ، ومن ذلك الصورية (انظر الجزء الثاني من الوسيط) . ومن أهم هذه التطبيقات أيضاً المالك الظاهر (*propriétaire apparent*) ، ويتشمل غالباً في الوارث الظاهر (*héritier apparent*) وتقوم تصرفاته على المبدأ القاضي بأن الغلط الشائع ينشئ الحق (*error communis facit ius*) . فتشاع بين الناس أن شخصاً يملك الشيء ولم يكن هو المالك الحقيقي - كمنير الوارث يضع يده على التركة باعتبار أنه هو الوارث ثم يظهر الوارث الحقيقي ، وكوصى له يستوفى على الشيء الموصى به ثم يتبين أن الوصية باطلة أو أن وصية لاحقة قد ألغيت - فإن من يتعامل معه بحسن نية باعتبار أنه هو المالك يحميه القانون . ويشترط أن يكون الغلط عاماً شائعاً بين الناس (*erreur générale*) ، وأن يكون مما يتعذر كشفه ولو بفحص دقيق (*erreur invincible*) : انظر نقص فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٩٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ II - ٣١٢٥ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٦٠ Som. ١٩٦٠ - ٦٥ - ٣ أبريل سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٤ - ٣٠٦ . ولكن لا يشترط أن يكون المالك الظاهر نفسه حسن النية أي يعتقد أنه المالك ، وإن كان يشترط أن من يتعامل معه يكون حسن النية أي يعتقد أن المالك الظاهر هو المالك الحقيقي . وعند ذلك يعتبر تصرف المالك الظاهر للغير حسن النية تصرفاً صحيحاً نافذاً في حق المالك الحقيقي . أما في العلاقة فيما بين المالك الظاهر والمالك الحقيقي ، فإن المالك الحقيقي يرجع على المالك الظاهر بالشيء عيناً أو بثبته ، وإذا كان المالك الظاهر سيء النية فإن المالك الحقيقي يرجع عليه أيضاً بالتعويض . ويملك المالك الظاهر الثمار بالقبض إذا كان حسن النية ، وذلك طبقاً للقواعد العامة .

ونكتفي ، في كل من الملكية القابلة للفسخ والملكية الظاهرة ، بالإحالة إلى : پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣١ - فقرة ٢٤٨ - پلانيول وريبير وپولانچيه ١ فقرة ٢٧٢٨ - فقرة ٢٧٤١ - مازو فقرة ١٣٩٥ - فقرة ١٤٠٨ - مارتى وريينو فقرة ٤٥ - فقرة ٤٦ - كاربونيه ص ٩٣ - ص ٩٥ - وانظر في أوصاف الحق المبنى شحاتة فقرة ١٣٢ (وهاشم ص ١٥١ - ص ١٥٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ٨٠٢ مدني : « جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، وتوفى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التذنين الحالي (السابق) (م ١١ فقرة أولى / ٢٧) ، بل صرح بأن الملكية وظيفية اجتماعية ، كما فعل المشروع الإيطالي . على أن الملكية إذا لم تكن حقاً مطلقاً فإنها حق مقصور على المالك ، وهذا ما عبر عنه في التمهيد بأن المالك يتمتع بملكه دون أي تدخل من الغير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤) .

الفرع الأول

عناصر حق الملكية وخصائصه

المبحث الأول

عناصر حق الملكية

٢٩٨ - استعمال والاستغلال والتصرف : رأينا أن المادة ٨٠٢ مدني تجعل عناصر حق الملكية ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف . وقد معنا (١) أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا ، فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله (jus utendi) وحق استغلاله (jus fruendi) وحق التصرف فيه (jus abutendi) ، وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء . فلا يكون الحق في الشيء حق ملكية إذا منع صاحب الحق من استعمال هذا الشيء أو من استغلاله على نحو دائم ، كذلك لا يكون الحق حق ملكية إذا منع صاحبه من التصرف في الشيء منعا أبديا وإنما يجوز أن يمنع من التصرف فيه لمدة معينة وسيأتي تفصيل ذلك .

ولما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما من الآخر ، فكلاهما استعمال للشيء ، فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمي هذا استعمالا ، وإذا استعمله بواسطة غيره في مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمي هذا استغلالا ، وقد يستغل المالك الشيء مباشرة بنفسه ، لذلك نجتمع بين الاستعمال والاستغلال في مطلب واحد . وفي المطلب الثاني نتكلم في التصرف وهو من أهم مميزات حق الملكية ، ونقرن به بحث الشروط الإرادية المانعة من التصرف .

المطلب الأول

الاستعمال والاستغلال

٢٩٩ - استعمال : ينحصر حق الملكية صاحبه أن يستعمل الشيء

(١) انظر آنفا فقرة ٢٩١ .

في كل ما أهد له هذا الشيء ، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه .
 فيستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً . فإذا كان للشيء منزلاً
 كان له أن يسكنه ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن
 يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يحملها . وقد يصل في الاستعمال إلى
 أبعد حد ، فيستهلك الشيء ، كما إذا كان طعاماً فبأكله ، أو حديقة
 فبأكل ثمرها . واستهلاك الشيء على هذا النحو قد يرصف بأنه تصرف
 مادي فيه ، ويطلق اصطلاح (jus abutendi) عادة على كل من التصرف
 المادي والتصرف القانوني^(١) . ولكننا نفضل أن نقصر التصرف ، فيما سياتي ،
 على التصرف القانوني الناقل للملكية أو للحقوق العينية . وقد لا يستعمل
 المالك الشيء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل ، كما إذا
 دعا الغير للصيد والقتص في أرضه ، أو استضاف الغير مدة من الزمن ،
 أو أنشأ ملجأً أو مصحة أو مستشفى على وجه التبرع دون أن يقصد استغلال
 شيء من ذلك .

ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في
 ملكه ، كما إذا رمم منزله ، أو أعاد بناءه بعد أن كاد ينهدم ، أو سوى
 الأرض الزراعية لجعلها صالحة للزراعة ، أو حفر الترع والمصارف في
 الأرض الزراعية ، أو سور الأرض أو أقام حوائط على جوانبها أو حفر
 خنادق على حدودها ، أو أصلح السيارة أو قام بتزيينها أو تشجيرها .

ويتميز استعمال المالك من استعمال غير المالك كالمنتفع والمستاجر والمرهن
 رهن حيازة ، في أن المالك قد يصل في استعمال الشيء إلى حد إتلافه إذا أراد
 ذلك . فله أن يقطع الأشجار ، ويهدم المباني ، ويتلف السيارة ، ولا حد لسلطته
 في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه من قيود وإلا أن يحجز عليه لفسه أو لمرض

(١) وعلى ذلك فالشيء القابل للاستهلاك - واستعماله يكون باستهلاكه - يختلط فيه الاستعمال
 والتصرف ويعتبران شيئاً واحداً (مارق ورينو فقرة ٤٠ ص ٤٨) . وسواء جارينا هذا
 الرأي أو ميزنا بين التصرف المادي والتصرف القانوني ، فإن التفرد يختلط فيها دائماً الاستعمال
 بالتصرف ويصبحان شيئاً واحداً ، لأن التفرد إنما يكون استعمالها بصرفها أي بالتصرف فيها
 تصرفاً قانونياً .

عقل . أما المنتفع والمستأجر والمرتهن حيازة فهو لاء لا يجوز لهم في استعمالهم للشيء أن يتلفوه ، بل يجب عليهم أن يحافظوا عليه حتى يردوه سليما للمالك .

٣٠٠ - **قيد استعمال** : ولكن المالك نفسه يتقيد مع ذلك ، في استعماله

للشيء ، بالقيود التي فرضها القانون كما سبق القول . مثل ذلك أنه لا يجوز للمالك أن يفتح مطلا على جاره إلا على مسافة معينة حددها القانون ، وليس له أن يقيم بناء خارجا عن خط التنظيم ، وليس له أن يستعمل ماكه استمالا من شأنه أن يضر بالحار ضررا غير مألوف .

ولكن يبقى مع ذلك فرق بين المالك وغير المالك ، حتى في القيود التي يفرضها القانون . فالأصل في المالك أن كل استعمال ، أيا كان ، مباح له ، إلا استعمالا يحرمه القانون ، أي أن الأصل هو الإباحة والتحریم هو الاستثناء . أما غير المالك كالمستضع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة ، فالأصل في هؤلاء أن كل استعمال محرم عليهم إلا ما أباحه القانون ، أي أن الأصل هو التحريم والإباحة هي الاستثناء .

٣٠١ - **حرم استعمال لأو استعمال من للمالك** : وكما أن للمالك أن

يستعمل ملكه كما يشاء ، كذلك له ألا يستعمله . فإذا كان له منزل فإن له ألا يسكنه ، وأن يتركه خاليا دون أن يؤجره ، إلا إذا تدخل القانون وفرض حل الملاك لإسكان منازلهم إذا لم يسكنوها بأنفسهم^(١) . وإذا كان للمالك سيارة فإن له ألا يركبها ، ولا يدع غيره يستعملها بأجر أو بغير أجر ، وإذا كان له أن يتلف السيارة فأولى أن يتركها دون استعمال . وإذا كان له أرض زراعية فإن له ألا يزرعها ، وألا يسلمها لغيره لزراعتها بأجر أو بغير أجر ، إلا إذا فرض القانون عليه شيئا من ذلك^(٢) . ذلك أن في طبيعة الإنسان من حب

(١) وقد نصت المادة ١١ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على أنه لا يجوز إبقاء المساكن المدة للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستجارها مستأجر بالأجرة القانونية .

(٢) وقد صدرت في فرنسا ، في خلال الحرب العالمية الثانية ، سلسلة من القوانين مجبر المالك على استغلال أرضه : قانون ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٠ - قانون ٢٧ أغسطس سنة ١٩٤٠ - قانون ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ - قانون ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ - قانون ٩ مارس سنة ١٩٤١ - قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ - قانون ١٩ أبريل سنة ١٩٤٢ - قانون ٢٣ مايو سنة ١٩٤٣ - قانون ٢٢ مايو سنة ١٩٤٤ - انظر بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٠٩ وفترة ٣٠٢١ .

الكسب ما يمكن تدفعه إلى استغلال ملكه أو استعماله ، دون حاجة في الكثرة الغالبة من الأحوال إلى تدخل المشرع .

وللمالك أن يترك ملكه ، وهذا ما يسمى بالتترك (abandon) . فإذا كان الشيء منقولاً وتركه المالك ، فإنه يصبح مالاً لا مالك له ، ويستطيع أى شخص أن يستولى عليه فيتملكه بالاستيلاء . وإذا كان الشيء عقاراً فإن للمالك أن يتركه ، وبخاصة إذا أراد التخلص بتركه من التزام عيني مفروض على العقار ، وذلك دون أن يفقد ملكيته إلى أن يتملكه شخص آخر . مثل ذلك أن يخلى الحائز للعقار المرهون حتى يتخلص من دعوى الرهن ، وهذه التخلية (délaissement) تجعل إجراءات نزع الملكية لا توجه إلى الحائز ، بل إلى حارس يعين لهذا الغرض .

٣٠٢ - ٢ . الاستغفال: ويحول حق الملكية صاحبه ، إلى جانب

استعمال الشيء ، استغلاله .

والاستغلال قد يكون استغلالاً مباشراً . مثل ذلك أن يزرع الأرض مالكها ، ويجنى ثمارها . والصيد والقتص ، وقد اعتبرناهما استعمالاً للملك ، يمكن أيضاً اعتبارهما استغلالاً مباشراً . ومالك السيارة يستغل سيارته استغلالاً مباشراً ، إذا خصصها لركوب الجمهور واستعملها كتاكسي . وقد يستغل مالك المحجر محجره باستخراج الأحجار منه بنفسه ، فيكون استغلالاً مباشراً . وقد يكون الاستغلال استغلالاً غير مباشر . والاستغلال غير المباشر يكون عن طريق جعل الغير يجنى ثمار الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك . والمالك يقوم ، في استغلاله للشيء استغلالاً غير مباشر ، بعمل قانوني من أعمال الإدارة . فمالك المنزل يؤجره للغير ، فيجنى ثماره المدنية في صورة الأجرة . ومالك الأرض الزراعية يؤجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هي غلة الأرض . وقد يؤجر المالك الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة إليه ، دون أن يقوم نفسه بالزراعة . وقد يستغل المالك المياه المعدنية الموجودة في أرضه ، بأن يبيعها للناس ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة ملكه . وقد يستغل صاحب السيارة سيارته بتأجيرها إلى سائق يستعملها لركوب الجمهور . والمال الذي يقبضه من السائق هو غلة السيارة .

والاستغلال يمتد إلى جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية . وسنرى أن هذا للنطاق يشمل الثمار والمنتجات ، كما يشمل للعلو والعمق . فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية ، والثمار المدنية هي التي يتمثل فيها الاستغلال . وللمالك أن يستغل العلو ، فيؤجره مثلا لمن يبني فيه ويتقاضى أجره من مالك هذا البناء . كما له أن يستغل العمق ، كما في حالة المناجم والمحاجر مع مراعاة التشريعات التي صدرت في هذا الشأن .

٣٠٣ - قيود الاستغلال : ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة التي يتقاضاها المالك من المستأجر ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في العين حتى بعد انتهاء الإيجار ، فلا يستطيع طلب إخلاء العين إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح للزراعي من تحديد أجره الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر للأرض في جزء منها . وفي المزارعة لا يجوز للمالك أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل . وقد يضع القانون قيودا على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التي يجب أن تزرع قطنا ، ويحظر زراعة الأرز إلا في مناطق معينة . وإذا أراد المالك استغلال محل مقلق للراحة أو ضار بالصحة ، وجب عليه استبقاء شروط معينة والحصول على ترخيص إداري . كذلك إذا أراد المالك استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدليا مؤهلا ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال .

٣٠٤ - عدم الاستغلال والاستغلال للمالك - إهانة : وقد قدمنا في الاستعمال أن عدم الاستعمال يعدل الاستعمال ، كلاهما حق للمالك . كذلك عدم الاستغلال يعدل الاستغلال ، كلاهما حق للمالك . فيجوز للمالك أن يدع أرضه بورا لا يزرعها ولا يؤجرها للغير ، كما يجوز له أن يبقى منزله خاليا لا يسكنه ولا يؤجره للغير ليسكنه ، وذلك كله ما لم يفرض عليه القانون أن يقوم باستغلال ملكه ، كأن يجبره على إيجار منزله الخالي ، أو يفرض عليه زراعة أرضه . حتى يساهم في تدبير الأثرات في أثناء الحروب أو في الأزمات

التعريفية . وقد سبق أن بينا ذلك فيما يتعلق بالاستهلاك ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

المطلب الثاني

التصرف

والشروط الإرادية المانعة من التصرف

٣٠٥ - المفهوم بالتصرف معناه المحيوس : قدمنا^(٢) أن الرأى السائد هو استعمال تعبيره التصرف ، بمعنى واعم ، فيشمل التصرف القانوني والتصرف المادى ، ويدخل فى التصرف المادى استهلاك الشيء وإتلافه . ولكننا أدخلنا التصرف المادى فى نطاق استعمال الشيء ، وامتدقينا للتصرف معناه المؤلف ، وهو التصرف القانونى الذى ينقل الملكية أو حقاً حيداً آخر . فأعمال التصرف هنا تقابل أعمال الإدارة فيما يتعلق بالاستغلال . ومن ثم يكون العنصر الثالث لحق الملكية هو التصرف ، فيجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه بجميع أنواع التصرفات .

يجوز له أن ينقل ملكية الشيء الذى يملكه إلى غيره ، بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية . ونقل الملكية على هذا الوجه هو أومع ضروب التصرف الذى يستطيع المالك أن يقوم بها ، فإنه إذا نقل الملكية لا يستبقى من ملكه شيئاً ، ويصبح غيره هو المالك ، وقد يتقاضى مقابلاً لذلك كما فى البيع والشركة والقرض ، وقد لا يتقاضى مقابلاً كما فى الهبة ، ويصح أن ينقل جزءاً من ملكية الشيء ، كأن يبيع نصف المنزل أو نصف الأرض ، فيصبح غير مالك للجزء الذى نقل ملكيته للغير .

كذلك يجوز للمالك ، دون أن ينقل الملكية كلها أو بعضها ، أن ينقل عنصراً أو أكثر من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية بعد استبعاد هذا العنصر . فله مثلاً أن يرتب على المنزل المملوك له حق انتفاع (usufruit) ، فينفصل بذلك إلى المنتفع عنصري الاستعمال والاستغلال ، ويستبقى الرقبة وحق

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٩ .

التصرف فيها . وله أن ينقل حق الاستعمال وحده ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق إلا استعمال الشيء بنفسه . وله أن يخصص الاستعمال بالسكنى فينقل إلى الغير حق السكنى ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق أن يستعمل المنزل إلا لسكناه هو وأسرته . وله أن يرتب على العقار المملوك له حق ارتفاق ، ويستبقى ملكية العين خالصة له ولكنها مقبدة بحق الارتفاق هذا . ويجوز للمالك كذلك أن يرتب على العقار المملوك له حق رهن رسمي ، فيستبقى ملكية العقار خالصة له ولكنها مقبدة بحق الرهن ، وهذا الحق يخول للدائن المرتهن عند حلول الدين أن يبيع العقار على مالكة جبراً ويستوفى حقه من الثمن الذي رسا به المزداد متقدماً في ذلك على سائر الدائنين الذين هم دونه في المرتبة . ويجوز للمالك أيضاً أن يرتب على العين المملوكة حق رهن حيازة ، فيستبقى ملكية العين ولكنه ينقل حيازتها إلى الدائن المرتهن الذي ينوب عنه في الاستعمال والاستغلال . ويكون للدائن المرتهن رهن حيازة ، كما للدائن المرتهن رهناً رسمياً ، أن يبيع العين جبراً على مالكة عند حلول الدين ، وأن يستوفى حقه من الثمن الذي رسا به المزداد في الترتيب الذي ينحوله إياه القانون .

ويختلف التصرف في الملكية نفسها عن التصرف في عنصر من عناصرها في أن التصرف في الملكية ينقلها من المالك إلى غيره ، فلا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية . أما التصرف في عنصر من عناصر الملكية ، فإنه لا ينقل الملكية من المالك إلى غيره ، بل يستبقى المالك ملكه ، وهو في الكثرة الغالبة يسترد العنصر الذي تصرف فيه ، بلا سبب جديد ، بل بمجرد انقضاء حق الغير . فالمالك ، إذا رتب على العين المملوكة له حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق رهن ، يسترد العنصر الذي نقله إلى المنتفع أو صاحب حق الاستعمال أو صاحب حق السكنى بموت هؤلاء أو بانقضاء أجل حقوقهم ، ويسترد العنصر الذي نقله إلى الدائن المرتهن بوفاء الدين . وهو في غير حاجة لسبب جديد لاسترداد العنصر الذي نقله بالتصرف (١) . أما حق الارتفاق

(١) وهناك فرق بين تصرف المالك في عنصر الانتفاع بترتيب الغير . حق الانتفاع في ملكه ، وبين تصرف المنتفع في حق انتفاعه بعد أن يرتب له هذا الحق . فالمالك يرتبص بالمنتفع ، وهو خلفه الخاص ، حتى يموت أو حتى ينتهي حق انتفاعه ، فيعود للمالك حق الانتفاع من تلقاء نفسه .

فقد يكون دائما دوام الملكية فلا يسترده المالك ، وقد يكون موقتا لأجل نزول بانقضاء الأجل وتعود للمالك ملكيته كاملة .

ويلاحظ أن غير المالك من أصحاب الحقوق يستطيع هو أيضاً أن يتصرف في حقه ، فيستطيع المنتفع أن يتصرف في حق الانتفاع (دون صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى فهذان لا يستطيعان التصرف في حقهما) ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يحول حقه المضمون بالرهن فينتقل الرهن بالحالة إلى الدائن الجديد . ولكن تصرف المالك يختلف عن تصرف غيره من أصحاب الحقوق الأخرى في أن المالك يستطيع أن يتصرف في رقة الشيء ذاتها^(١) ، أما صاحب حق الانتفاع مثلا فلا يستطيع أن يتصرف إلا في حق انتفاعه ولا يستطيع أن يتصرف في الرقة .

وكما أن المالك يستطيع أن يتصرف في الشيء على النحو الذي بسلطانه فيما تقدم ، كذلك يستطيع ألا يتصرف . ولكن القانون قد يفرض قيودا على التصرف كما سنرى ، وقد يفرض قيودا على عدم التصرف كما في نزع الملكية جبراً على صاحبها وفي التأميم .

٣٠٦ - قيود يفرضها القانون على التصرف : قد يفرض القانون قيودا موقته على حق المالك في التصرف في ملكيته ، ومادام القيد موقتا فهو لا ينزع نهائيا حقه في التصرف ، ويبقى مالكا . مثل ذلك ملكية الأسرة ، وتقضى المادة ٨٥٣ مدني بأنه لا يجوز لأي شريك في ملكية الأسرة أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا . وهذا القيد موقت من عدة وجوه . فهو أولا مقيد بالأجل الذي يتفق عليه لبقاء ملكية الأسرة ، ولا يجوز أن يزيد على خمس عشرة سنة (م ١/٨٥٢ مدني) . وهو ثانيا مقيد بمدة ستة أشهر فقط إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل معين ، إذ يستطيع الشريك بعد انقضاء هذه المدة لإخراج نصيبه من ملكية الأسرة ،

= لا بسبب جديد كما قلنا . أما المنتفع فإذا تصرف في حق انتفاعه بالبيع مثلا ، فإن المشتري لحق الانتفاع يكون خلفا خاصا للمنتفع لا للمالك ، ولا ينتهي حق الانتفاع بموت المشتري ولكنه ينتهي بموت المنتفع (حسن كيرة فقرة ٥٨ ص ١٨٢ هامش ٣) .

(١) حسن كيرة فقرة ٥٨ ص ١٨١ - ص ١٨٢ - إسماعيل غانم فقرة ٣٦ .

والتصرف فيه بعد ذلك (م ٢/٨٥٢ مدني) . وهو أخيراً مقيد بمجاز أن يتصرف الشريك في نصيبه لأجنبي بغير موافقة الشركاء ، على ألا يبنى هذا النصيب مندمجاً في ملكية الأسرة (م ٢/٨٥٣ مدني) . ومثل ذلك أيضاً قانون الإصلاح الزراعي ، فهو يغفل يد الفلاح عن التصرف في الأرض التي وزعت عليه قبل أن يوفى جميع أقساط ثمنها (م ١٦ من قانون الإصلاح الزراعي) ، والبيب كما نرى قيد موقت . وفي الشفعة فرض القانون ضرباً من ضروب عدم التصرف إلا لشخص معين هو الشفع ، إذا طلب الشفعة واستوفى شرائطها . وفي قانون خمسة الأفدنة لم يمنع القانون المالك من التصرف في ملكه ، وإنما منع الدائنين من الحجز على هذا المالك ، فمنعهم بذلك من نزع الملكية جبراً على صاحبها^(١) .

أما إذا كان المانع من التصرف الذي فرضه القانون منعاً دائماً غير موقت ، كما في الأموال الموقوفة ، فإن حق الملكية يفقد عنصراً أساسياً من عناصره ، ومن ثم لا يمكن وصفه بأنه حق ملكية . فحق المستحق في الوقف ليس حق ملكية ، وإن كان حقاً عينياً ، وهذا غير حقه الشخصي في تقاضى استحقاقه من الناظر .

٣٠٧ - الشروط الإرادية المانعة من التصرف^(*) : وهناك شروط إرادية تمنع من التصرف (clauses d'inaliénabilité) . وهذه لا يفرضها القانون كما في الأمثلة السابقة ، بل يفرضها الاتفاق وهو عقد صادر من الجانبين ، أو تفرضها الوصية وهي إرادة منفردة صادرة من جانب واحد ، ومن ثم سمينا هذه الشروط بالشروط الإرادية المانعة من التصرف . وهي أيضاً تمنع من التصرف منعاً موقتاً ، فتصح لأنها لا تسلب حق الملكية

(١) انظر كذلك في القانون الفرنسي المال الذي تقدمه الزوجة « دوطه » ، فهذا المال لا يجوز التصرف فيه مادامت الزوجية قائمة . وكذلك حبة المال أو الوصية به لشخص هل أن ينتقل هذا بعد موته لأولاده ، في نظام الاستبدال الوراثي المباح (substitutions permises) ، هو منع من التصرف في المال طول حياة الموهوب له أو الموصي له ، حتى ينتهي انتقال المال للأولاد .

د مراجع : Barthe في الشروط المنعوبة والشروط غير المشروعة سنة ١٨٨٥ - *Sageat* أو الشروط المانع من التصرف رسالة من بوردو سنة ١٨٩١ - *Bretagnez* في الشروط المانعة من التصرف رسالة من باريس سنة ١٨٩١ - رسالة من جنيف سنة ١٩١٠ -

عنصرأ أساسيا من عناصره ملبا دائما^(١) . متى استوفت شرائط صحتها ، فإنه يترتب على قيامها بحجة أن يكون كل تصرف يصدر من المالك ، محققا للشرط المانع من التصرف في المدة التي يقزم فيها هذا الشرط ، تصرفا باطلا . فنتكلم في مسألتين : (١) متى يصح الشرط المانع من التصرف . (٢) الجزاء الذي يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف .

١٥ - متى يصح الشرط المانع من التصرف

٣٠٨ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢٣ مدني على ما يأتي :

١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيأ على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة .

٢ - ويكون للباعث مشروعا متى كان المراد بالمانع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف إليه ، أو للغير .

٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير^(١) .

(١) ويذهب مع ذلك بعض الفقهاء في فرنسا إلى مخطئة القضاء الفرنسي في إباحة الشرط المانع من التصرف (لوران ٦ فقرة ١٠٣ و ١١ و فقرة ٤٦٠ - هيك ٤ فقرة ٧٦ و ٦ فقرة ٦٣ هيجرييه في تعليقه على تولىيه ٧ فقرة ٤٨٨ - بودري وشوؤو فقرة ٥٠٦) . أما في مصر فإن اقتراح لا القضاء وحده ، قد تدخل وأباح للشرط المانع بشروط معينة ، فلم يعد هناك شك في صحة الشرط المانع .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآف :

١٥ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال أو يمنع الإيصاء به ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيأ على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة . ٢ - ويكون للباعث مشروعا متى كان المراد بالمانع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف إليه ، أو للغير . ٣ - وقد تكون المدة المعقولة مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير . وفي لجنة المراجعة عدل النص ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقيين المدني الجديد ، وصار رقمه ٨٩٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٢ (مجلة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٣ - ص ٧٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء في عهد هذا التقنين ، كان يجرى على أحكام النص^(١) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٧٧٨ - التقنين المدني الليبي م ٨٣٢ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني للعراقي ، ولا في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢) .

٣٠٩ - المنصرفات التي تتضمن الشرط المانع من التصرف : وبفهم
من النص مالف الذكر أن الأصل هو تحريم الشرط المانع من التصرف ، لسببين أحدهما قانوني والآخر اقتصادي . أما السبب القانوني فلأن من أخص عناصر الملكية هو أن يكون للمالك حق التصرف في ملكه ، فإذا منع من ذلك حرم من أخص عناصر حقه ، فلا يكون حقه عند ذلك حق ملكية كما رأينا في حق المستحق في الوقف . أما السبب الاقتصادي فلأن تداول الأموال من

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيلي : « عرض المشروع لشرط المانع من التصرف في نصين ... لا نظير لهما في التقنين الحالي (السابق) . وقد قن المشروع أحكام القضاء المصري في هذا الموضوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) - انظر نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٢ ص ٤٠١ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣ - محكمة الاستئناف ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ الهامة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ - ٧ مايو سنة ١٩٢١ الهامة ٢ رقم ٢٥ ص ٦٥ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩٩ ص ١٥٣ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ الهامة ٢ رقم ٦٣ ص ٢٠٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ - ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ الهامة ٨ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٦ - استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٣٢٣ ص ٧١١ - ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشرط المانع ، حتى لو كان مسجلا ، لا يعوق الدائن من أخذ حق اختصاصه على العقار المنوع التصرف فيه ومن التنفيذ على هذا العقار (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (ولكن أحكام النص تنفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أحكام النص تنفق مع القواعد العامة - انظر

في هذه المسألة في القانون اللبناني حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني

المقارن مذكرات على الآلة الكتابة سنة ١٩٦٥ ص ١٢٩ - ص ١٥٦) .

الأمور الهامة التي يجب ملاحظتها ، ومنع المال من التداول بتعريض التصرف فيه أمر خطير من الناحية الاقتصادية ، فلا يجوز هذا المنع إلا لمسوغ قوى . لذلك تعتبر القاعدة التأسيسية بجواز التصرف في المال من النظام العام ، وكل شرط يخالفها يكون شرطا مخالفا للنظام العام . وقد سار القضاء الفرنسي قديما على هذا النحو ، فحرم كل شرط يمنع التصرف في المال^(١) . ولكنه منذ منتصف القرن التاسع عشر أخذ يميز بين شرط مانع من التصرف منعاً أبدياً وهذا أبقاه على حكم التحريم ، وشرط مانع من التصرف منعاً مؤقتاً لمسوغ مشروع وهذا حله ، وتوالى أحكام القضاء الفرنسي في هذا المعنى حتى أصبحت قضاء مستقراً لا يتزعزع^(٢) . وسار القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق على سنة القضاء الفرنسي حتى أصبحت القاعدة مستقرة هي أيضاً في مصر ، ومن ثم قننها التقنين المدني الجديد في نصوص تشريعية هي التي تنولى الآن شرحها .

ويلاحظ بادئ ذي بدء أن الشرط المانع من التصرف في المال يرد في تصرف قانوني ، وهذا التصرف القانوني يكون إما عقداً أو وصية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدني مألوفة الذكر : « إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال . . . » . والوصية أمرها واضح ، فهي تصرف قانوني من جانب واحد على سبيل التبرع ، فيوصي الشخص بمال

(١) ليون ٧ أغسطس سنة ١٨٣٥ دالوز ٣٦ - ٢ - ٨٢ - باريس ١١ مارس سنة ١٨٣٦

دالوز ٣٦ - ٢ - ٨٣ .

(٢) وكان أول حكم صدر في هذا المعنى في القضاء الفرنسي حكم محكمة أنجييه في ٢٩ يونيو سنة ١٨٤٢ (سيريه ٤٢ - ٢ - ٤٠٠) . ثم أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ في ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٨ (دالوز ٥٨ - ١ - ١٥٤) . وأخذت أحكام محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك تنوال في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٥٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٣١ - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٨ - ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٥٣٣ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤١ - ٢٢ - انظر بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٣ . وصدر أخيراً في فرنسا قانون ٤ يناير سنة ١٩٥٥ خاصاً بالشهر العقاري يؤكد هذا المعنى ، إذ قضت المادة ٢٨ من هذا القانون بوجوب تسجيل التصرفات فيما بين الأحياء التي تتضمن شروطاً مائة موقفة (انظر مارتى وريينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ - كاربونيه ص ٩٦) .

للموصى له ويشترط عليه في الوصية ألا يتصرف في هذا المال لأحد ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقنة كما سيأتى . وأما العقد فالغالب أن يكون من عقود التبرع ، هبة صريحة أو هبة مستترة في عقد بيع^(١) ، وقد يكون من عقود المعاوضة كأن يكون عقد بيع جدى . فهب الشخص أو يبيع مالا ، ويشترط على المتصرف له ألا يتصرف في هذا المال ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقنة . والغالب أن يكون التصرف المتضمن للشرط المانع تصرفا ينقل ملكية المال مع اشتراط عدم جواز التصرف فيه . ولكنه قد ينقل حق انتفاع لا حق ملكية ، مع اشتراط عدم جواز التصرف في حق الانتفاع هذا . وقد ينشئ مجرد التزام دون أن ينقل ملكية أو حق انتفاع ، والمثل البارز في هذا الصدد أن أن يتعهد شخص لآخر بترتيب إيراد له مدى حياته ، ويكون قد قصد بذلك أن يوفر له أسباب المعيشة طول حياته فيشترط في تعهده عدم جواز التصرف في هذا الإيراد^(٢) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فالشرط المانع قد يرد في وصية أو في عقد ، ويكون العقد في الغالب هبة أو هبة مستترة في بيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) .

(٢) أوبرى ورد وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٦ ثالثا - بلانيرول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٣ .

وقد يأخذ الشرط المانع الصورة الآتية : يتبرع المتصرف بمبلغ من المال للمتصرف له ، ويشترط عليه أن يشتري بهذا المبلغ عقارا (remploi) لا يجوز له التصرف فيه . وقد يتبرع المتصرف بعقار ، ويقتصر الشرط المانع على أن المتصرف له إذا باع العقار فعليه أن يشتري بالثمن عقارا آخر ، يكون هو أيضاً غير جائز التصرف فيه إلا بشرط الاستبدال هذا .

وقد يرد الشرط المانع في الوعد بالبيع ، فيشترط الموعود له بالبيع على الواعد ألا يتصرف في العين الموعود ببيعها طول مدة الوعد . فهذا شرط مانع صحيح ، إذ جمع بين التوقيت وبين قيام مصلحة مشروعة للموعود له لأن هذا الأخير يطمئن ، بفضل هذا الشرط ، إلى بقاء العين في ملك الواعد إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء (إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٧ ص ١٦٦ - حسن كبيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠٤) . ويلاحظ أنه يجوز لدائى الواعد ، في هذا الفرض ، الطعن في الشرط المانع بالداء البولصية إذا توافقت شروطها .

أما اشتراط الدائى المرتهن على الرهن ألا يتصرف في العين المرهونة مادام الرهن قائما ، فيوجد خلاف في صحته . انظر في معنى عدم صحة الشرط المانع في هذا الفرض : المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩ - إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٩ -

فالشرط المانع من التصرف الذى تتضمنه أمثال هذه التصرفات لا يصح ، طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدنى سائلة الذكر . إلا إذا كان « مبنيًا على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة » . فهناك إذن أمران لابد من اجتماعهما حتى يصح الشرط المانع من التصرف : الباعث المشروع والمدة المعقولة . وكل منهما معيار مرن يساير الملبسات الخاصة بكل قضية من الأقضية التى تعرض على المحاكم ، فيكون القاضى أوسع حرية فى التقدير ، ويتسنى له أن يعطى لكل حالة حكمها المناسب .

(١) الباعث المشروع

٣١٠ - متى يكون الباعث مشروعاً : تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٣ مدنى سائلة الذكر : « ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمانع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير » . فالمفروض إذن ، حتى يكون الباعث مشروعاً ، والشرط المانع صحيحاً ، أن يكون المتصرف قد قصد بالشرط المانع الذى ضمنه العقد أو الوصية حماية

- ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٧ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠٢ - ص ١٠٣ وفى التأمينات البحرية ص ٧٥ . وانظر فى معنى صحة الشرط : محمد حل عرفة فقرة ٢٧٨ - مد على إمام فى التأمينات فقرة ٢١٤ ص ٢١٨ - شمس الدين الوكيل فى التأمينات ص ٢٤٩ هامش ٢ - حسن كبيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - وذى أن مصلحة الراهن فى استبقاء حرته فى التصرف فى العقار المرهون بالرغم من رهنه - وهذا أساس من الأسس التى يقوم عليها الرهن - ترجح مصلحة الدائن المرتهن فى أن يتجنب إجراءات التطهير . ومن ثم يكون الشرط المانع فى هذا الفرض غير صحيح ، إذ لا تقوم به مصلحة مشروعة راجحة .

ولا خلاف فى أنه لا يجوز للمالك بإرادته المعردة أن يمنع نفسه من التصرف فى ملكه ، لأن الشرط المانع يجب أن يتضمنه عقد أو وصية ، ولأن الإرادة المنفردة لا يكون لها أثر إلا بموجب نص تشريعى ، ولأنه لو صح الشرط المانع فى هذا الفرض لاستلزم أن يكون المال غير قابل للعجز عليه فيتحيل المالك عن هذا الطريق فى الانتقاص من حق الضمان العام لدائنين (شقيق شحاتة فقرة ١٠٠ ص ١٢٤ - عبد المنعم ليدراوى فقرة ٦٨ - إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٨ - حسن كبيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٠٢ ص ٥١٦) .

مصلحة مشروعة له هو ، أو مصلحة مشروعة لمن تصرف له ، أو مصلحة مشروعة لأجنبي أى للغير^(١) .

٣١١ - مصلحة مشروعة للمتصرف : قد تكون هناك مصلحة مشروعة

للمتصرف يريد حمايتها عن طريق الشرط المانع . مثل ذلك أن يكون المتصرف قد وهب منزلاً لأحد من ذويه ، واشترط لنفسه حق انتفاع أو حق السكنى طول حياته ، ولا يريد أن تكون له علاقة في شأن حقه هذا إلا مع من تصرف له . فيعتمد إلى تضمين هبته شرطاً مانعاً من التصرف في المنزل ، حتى يطمئن إلى أنه في استعمال حق انتفاعه بالمنزل أو حقه في سكناه لن تكون له علاقة إلا بالموهوب له ، إذ يصبح غير جائز لهذا أن يتصرف في المنزل طول حياة الواهب . ومثل ذلك أيضاً أن يهب شخص لآخر عقاراً ويشترط على الموهوب له أن يرتب له إيراداً مدى الحياة ، ولما كان يخشى أن يتصرف الموهوب له في العقار فيفقد المصدر الأصلي الذي يوفى منه الإيراد المرتب ، فإنه يعتمد إلى تضمين الهبة شرطاً يمنع الموهوب له من التصرف في العقار . ويصح أيضاً أن يبيع شخص لآخر عقاراً بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة ، ويشترط على المشتري عدم التصرف في العقار مدى حياة البائع ، أو يبيع العقار بثمن مقسط لمدة خمس سنوات مثلاً ويشترط على المشتري ألا يتصرف في العقار حتى يوفى بجميع أقساط الثمن . وقد يبيع شخص جزءاً مفرزاً من عقاره لآخر ، ويشترط على المشتري عدم جواز التصرف حتى يقتصر الجوار على المشتري دون شخص أجنبي آخر^(٢) . كذلك قد يهب شخص عقاراً لآخر ويرتبه رهناً رسمياً في الوقت ذاته لحق له في ذمة الموهوب له ، فيشترط على الموهوب له ألا يتصرف في العقار المرهون حتى لا يتعرض الدائن المرتهن لخطر التطهير فيما إذا تصرف الموهوب له في العقار لشخص آخر ، وهذا في رأى من يقول بصحة الشرط المانع في هذا الفرض^(٣) .

(١) وكما تكون المصلحة المشروعة للمتصرف حمايتها من جهة مادية ، كذلك يجوز أن تكون مصلحة أدبية ، كما إذا قصد المتصرف بالشرط المانع ألا يقتحم أجنبي نطاق أملاك أسرته (نقص فرنسي ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٧٦ - مارك وريزو فقرة ٥٦ ص ٦٩) .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ *inhabilité* فقرة ٣٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٩ ص ٥٠٨ هامش ٢ .

هذه وأمثلة^(١) مصالح مشروعة للمتصرف : يصح له أن يحجبها بأن يضمن تصرفه شرطاً مانعاً من التصرف على النحو الذي بيناه^(٢) .

٣١٢ - مصلحة مشروعة للمتصرف له : وكثيراً ما تتحقق هذه المصلحة

للمتصرف له في إذا وهب شخص أو وصى لآخر بعقار ، ولما كان يعرف أن المتبرع له سيئ التدبير ويخشى عليه أن يضيع سفها العقار المتبرع له به ، فيعتمد إلى تضمين تبرعه شرطاً بعدم جواز التصرف في هذا العقار^(٣) . وقد يهب المتصرف العقار لشخص صغير في السن تنقصه الخبرة والتجارب ، فيشترط عليه عدم جواز التصرف في العقار حتى يصل إلى سن معينة يكون عند بلوغها قد أنضجته التجارب وحصل على الخبرة اللازمة . وقد يهب المتصرف العقار لقاصر له ولي يخشى من إسرافه ، فيشترط عدم جواز التصرف في العقار حتى يبلغ القاصر سن الرشد فيتسلم العقار ، ويعهد في الوقت ذاته إلى أمين يتولى إدارة العقار وصرف ريعه على تعليم القاصر حتى يبلغ سن الرشد^(٤) . وقد لا يمنع المتصرف المتصرف له من التصرف ، ولكن يشترط عليه

(١) انظر نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ٢ - ١٥٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٨ - ١ - ١٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٧٦ .

(٢) انظر في أن البيع المقترن بشرط عدم جواز التصرف يعتبر بيعاً جدياً لأرصية ، وأن الكشف عن نية المتعاقدين في هذا الشأن مسألة موضوعية : نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٣٤٩ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٣٤٩ - ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٣٤٩ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٣٤٩ .

وانظر في أن شرط عدم التصرف إذا تضمنته الهبة ووقت بحياة الواهبة لمصلحة مشروعة لها يكون شرطاً صحيحاً : نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ١١٩١ ، وأن البيع بشرط عدم التصرف بيع صحيح : استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٣ ص ٧١١ .

(٣) نقض فرنسي ١١ يولييه سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٦٢ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤١ - ٢٢ - ٤ مايو سنة ١٩٤٣ جازيت دي باليه ١٩٤٣ - ٢ - ٢٢ - أوبري ورو وبارثان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٤ - ص ١٩٥ .

(٤) نقض فرنسي ٣٠ مايو سنة ١٨٨١ ميريه ٨٢ - ١ - ١٤٩ - أوريان ١٢ يولييه سنة ١٨٩٥ ميريه ٩٥ - ٢ - ٢٤٤ - أوبري ورو وبارثان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٩ .

الاستبدال (remploi) . فإذا باع المتصرف له العقار الموهوب وجب عليه أن يشتري بثمنه عقاراً آخر ، ويبقى هذا العقار الآخر على هذا الشرط إذا باعه الموهوب له اشتري بثمنه عقاراً آخر ، وهكذا . والاشتراط على هذا لنحو يجمع إلى مزية النظر لمصلحة الموهوب نه حتى لا ينسحب العين الموهوبة مزية إطلاق يده في التصرف ، فقد يرى عقاراً أفضل فيبيع العقار للموهوب ليشتريه .

٣١٣ - مصلحة مشروعة للغير : وقد تكون المصلحة المشروعة خاصة

بأجنبي ، فهب شخص عقاراً لآخر وبشترط عليه أن يرتب إيراد الأجنبي طول حياته ، وبشترط في الوقت ذاته ألا يتصرف في العقار الموهوب مادام صاحب الإيراد حياً حتى يكفل له ضمناً لإيراده^(١) . كذلك قد يكون للأجنبي حق انتفاع أو حق سكنى في العقار الموهوب ، فيشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في العقار . وقد لا يشترط الواهب عدم التصرف ، ويقتصر على أن يشترط على الموهوب له ، إذا أراد هذا بيع العقار ، أن يعرضه أولاً بالأفضلية على شخص معين ، فإن قبل هذا الأخير شراؤه تعين على الموهوب له أن يبيعه إياه . فهذا شرط ليس مانعاً من التصرف ، ولكنه على كل حال مقيد لحرية المتصرف له في التصرف لمن يريد^(٢) .

٣١٤ - حكم التصرف الذي يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث

مشروع : فإذا كان الشرط المانع ليس له باعث مشروع ، ولم تكن هناك مصلحة مشروعة تراد حمايتها به لا للمتصرف ولا للمتصرف له ولا للغير ، كان الشرط المانع باطلاً . فإذا وهب شخص عقاراً لآخر واشترط عليه عدم التصرف فيه ، ليمتنعه بذلك من القيام بمشروع طمى أو بعمل من أعمال الخير يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب في سبيل ذلك ، كان الباعث هنا غير مشروع . فهو لا يحقق مصلحة مشروعة

(١) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤٧٥ - ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٢٦ .

(٢) أوبري ورو ، بارثان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٩ وهاش ٤٠ خامساً .

لا للواهب ولا للموهوب له ولا للغير ، ومن ثم يكون الشرط باطلا .
والمفروض أن للشرط المانع باعثا مشروعاً ، إلى أن يثبت المتصرف له أن
للباعث غير مشروع .

ثم ينظر بعد ذلك في مصير التبرع نفسه ، فإن كان هذا الشرط المانع هو
الدافع إلى التبرع ، كان التبرع باطلاً هو أيضاً بطلان الشرط المانع . أما إذا
لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع . فإن التبرع يبنى قائماً مع بطلان
الشرط المانع . ومن ثم يجوز للموهوب له مخالفة الشرط المانع والتصرف في
العقار الموهوب . وليس في هذه الأحكام إلا تطبيق للقواعد العامة . وتقول
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ويكون التصرف
الذي اشتمل على هذا الشرط (الباطل) باطلاً أيضاً إذا كان الشرط المانع هو
الدافع إلى هذا التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعاً ، ولم يكن الشرط المانع
هو الدافع ، صح التبرع ولغا الشرط » (١) .

(ب) المدة المعقولة

٣١٥ — المنع الدائم والمنع المؤقت : يجب التمييز كما قدمنا بين المنع الدائم
(interdiction perpétuelle) والمنع المؤقت (interdiction temporaire) .
فلكى يكون الشرط المانع صحيحاً . يجب ألا يكون مانعاً من التصرف
منعاً دائماً . إذ تخرج العين بهذا المنع من دائرة التعامل بتاتا ، وهذا أمر
مخالف للنظام العام . ولا يجوز إلا بنص في القانون كما هي الحال في الوقف .

(١) مجلة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ - وانظر شفيق شحاتة فقرة ٩٩ - إسماعيل
غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ -
عبد المنعم البدر اوى فقرة ٧١ .

ومن الفقهاء من يذهب إلى بطلان التصرف المتضمن للشرط المانع غير المشروع في جميع الأحوال
(محمد علي عرفة فقرة ٢٧٧) ، مستنداً في ذلك إلى أن الشرط المانع غير مشروع وقد علق عليه
التصرف (م ٢٦٦ مدني) . ووضح أن الشرط المانع فيما نحن بصدده ليس شرطاً (condition) ،
وإنما هو تكليف (charge) يدخل في بنية التصرف ذاته ، فيلغو وحده إذا لم يكن هو الدافع
إلى التبرع (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ هامش ١) .

ومن ثم يكون الشرط المانع منعا دائما شرطا باطلا^(١)، بلغو ويبقى التصرف المدي تضمن الشرط مالم يكن الشرط هو الدافع إلى التصرف فيبطل كل من الشرط والتصرف .

ويشترط إذن لصحة الشرط المانع أن يكون المنع موقتا ، ولمدة معقولة . فإذا طالت مدة المنع ، وأصبحت بالنسبة إلى ظروف القضية وملاساتها مدة غير معقولة ، فإن المنع الموقت يكون في هذه الحالة في حكم المنع الدائم^(٢)، ومن ثم يكون الشرط المانع باطلا بالرغم من توقيته . ومعرفة ما إذا كانت مدة المنع المحددة طويلة إلى حد أن تكون مدة غير معقولة فيبطل الشرط من مسائل الواقع ، يبت فيها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض^(٣). وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٣ مدني سالف الذكر على ما يأتي :

« والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير » .

٣١٦ - الشرط المانع مدى حياة المتصرف : في أكثر الأمثلة التي قدمناها لتحقيق مصلحة مشروعة للمتصرف تبرر الشرط المانع^(٤) ، نرى أن للشرط المانع يجب أن نحدد له مدة تستغرق حياة المتصرف وتكون مع ذلك مدة معقولة . فإذا كان المتصرف قد اشترط لنفسه إيرادا مدى الحياة ، أو حق انتفاع أو حق سكنى مدى الحياة ، أو الامتياز من أن يقتصر الجوار على

(١) نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٨ - ١ - ٣٠٩ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ٥١ - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٧ - ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٢٦ - ٥ يناير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٣ - ٥ - ٥٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ - ٤٧٧ - ٤ مايو سنة ١٩٤٣ جازيت دي پاليه ١٩٤٣ - ٢ - ٣٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٢٨٢ .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولكن لا يصح تأييد الشرط ، ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التي دعت إليه ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) .

(٣) بلانيول ديريير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٢ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٣١١ .

شخص المتصرف له ، فن الطبيعي في هذه الفروض أن يجعل الشرط المانع قائما لمدة تستغرق حياته ، وتكون المدة في هذه الحالة مدة معقولة ، ومن ثم يكون الشرط صحيحا . لكن هناك فروض أخرى - بيع عقار بضمن مقسط أو بيع عقار برهنه البائع - لا يكون فيها مبرر لأن تستغرق مدة المانع حياة المتصرف ، ويكفي في حالة بيع عقار بضمن مقسط أن تكون مدة المانع هي المدة التي يوفى فيها المشتري بالإقساط جميعها . وفي حالة بيع عقار برهنه البائع أن تكون مدة المانع هي المدة التي يوفى فيها المشتري بالدين المكفول بالرهن حتى يأمن البائع شر التطهير فيما إذا باع المشتري العقار قبل وفاء الدين . وإذا حددت للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف أو مدة أخرى معقولة . ومات المتصرف له قبل انقضاء هذه المدة . فإن العين تنتقل إلى ورثته مثقلة بالشرط المانع ، فلا يجوز لهؤلاء أن يتصرفوا فيها حتى تنقضي المدة المحددة .

٣١٧ - الشرط المانع مدى حياة المتصرف إليه : وقد يقتضي الأمر أن يحدد للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف له كما إذا كان هذا معروفا بسوء التدبير فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف في العين الموهوبة طول مدة حياته ، حتى إذا مات انتقلت العين إلى ورثته غير مثقلة بالشرط المانع ، ويجوز للورثة عندئذ التصرف في العين . وتكون المدة في هذه الحالة ، بالرغم من استغراقها لحياة المتصرف له : مدة معقولة . ومن ثم يكون الشرط المانع صحيحا (١) .

(١) هذا في مصر بنص صريح . إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٣ مدني كما رأينا : «المدة الممتولة يجوز أن تستغرق حياة ... المتصرف إليه ...» أما في فرنسا ، حيث أحكام الشرط المانع هي من عمل القضاء دون أن ترد فيها لصوص تشريعية ، فقد استقرت أحكام القضاء الفرنسي هل أنه لا يجوز أن تستغرق المدة في الشرط المانع حياة المتصرف إليه (نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سيري ١٩٠٠ - ١ - ٤٩٩ - ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٥٣٣ - ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٢٦ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٢) .

ويذهب بعض الفقهاء في مصر إلى اعتبار الشرط المانع مدى حياة المتصرف له باطلا ، ولكن يجوز تحديد مدة معقولة وإن ظهر فيما بعد أن هذه المدة قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف إليه (عبد المنعم البدراوي فقرة ٧٠ ص ٩١) . وظاهر أن هذا الرأي لا سند له أمام صراحة النص ، -

فإذا لم يكن هناك مقتضى لأن تستغرق المدة حياة المتصرف له ، لم يجوز الوصول بالمدة إلى هذا الحد . مثل ذلك أن يكون المتصرف له قليل الخبرة والتجربة نظراً لصغر سنه أو يكون قاصراً . فيكفي في هذه الحالة تحديد مدة معقولة يستوفى في أثناءها الخبرة اللازمة . أو تحديد مدة يسبق سن الرشد عند انقضائها . فإذا طالت المدة عن هذا الحد . كان الشرط باطلاً ، لأن المدة إذ ذاك تصبح مدة غير معقولة .

وإذا حدد للشرط المانع مدة معقولة على النحو الذى أسلفناه . ومات المتصرف قبل انقضاء هذه المدة . فإن الشرط المانع يبقى مع ذلك قائماً إلى أن تنقضى المدة . ويحل وريثة المتصرف محله بعد موته في طلب بطلان التصرف المخالف للشرط المانع فيما إذا اقتضى الأمر ذلك .

٣١٨ - الشرط المانع مدى حياة الغير : وإذا كان الشرط المانع يحقق مصلحة مشروعة للغير . فقد تحدد له مدة معقولة تستغرق حياة هذا للغير . وهذا واضح فيما قدمناه من الأمثلة^(١) . فإذا اشترط الواهب على الموهوب له إيرادا يرتبه للغير مدى حياته ، أو حق انتفاع أو حق سكنى يدوم مادام الغير على قيد الحياة ، فإن المدة المعقولة للمنع من التصرف قد تستغرق في هذه الحالة حياة الغير^(٢) .

وإذا مات المتصرف له قبل موت الغير أى قبل انتهاء المدة المعقولة . انتقلت العين إلى وريثة المتصرف له مثناة بالشرط المانع : فلا يجوز لهؤلاء التصرف فيها مادام الغير حياً .

٣١٩ - حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً مدته غير معقولة -

إيمانه : فإذا كان الشرط المانع مدته غير معقولة ، كان باطلاً كما قدمنا . ثم ينظر بعد ذلك إلى مصير التبرع نفسه . فإن كان الشرط المانع هو الدافع إلى

- فنص التقنين المدنى المصرى صريح كما رأينا في إباحة الشرط المانع حتى لو كانت مدته قد حددت ابتداء بحياة المتصرف له (إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٧ هامش ١ - حسن كبيرة فقرة ٨٩ ص ٢٩١ هامش ٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٣ .

(٢) مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ هامش ١ .

التبرع ، بطل التبرع هو أيضاً . أما إذا لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع ، فإن التبرع يبقى قائماً مع بطلان الشرط المانع^(١) ، أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى « صح التبرع ولغا الشرط »^(٢) . وقد سبق أن بسطنا ذلك في حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث مشروع^(٣) ، فحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

§ ٢ - الجزء الذى يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف

٣٢٠ - ما يترتب على قيام الشرط المانع من أمطام : إذا قام الشرط المانع صحيحاً ، أى كان لباعث مشروع ولمدة معقولة على النحو الذى بسطناه ، ترتب على ذلك أن يمتنع التصرف فى العين المتبرع بها طول المدة التى حددت فى الشرط المانع .

فلا يجوز للمتصرف له أن يتصرف فى العين بأى نوع من أنواع التصرفات^(٤) .

(١) وقد قضى بأنه إذا حزم البائع على المشتري منه التصرف فى العين المبيعة تحريماً موقفاً ، كان الشرط جائزاً ، سواء كان التصرف بعوض أو بغير عوض . أما إذا كان تحريم التصرف بصفة مؤبدة ، كان الشرط باطلاً . ولا يبنى عليه بطلان العقد إلا إذا كان هذا الشرط فى مقابل الالتزامات التى التزم بها الطرف الآخر (طنطا الكلية : يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ - وانظر أيضاً بنى سويف الكلية ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٩ ص ١٨٨) . وإذا كان الشرط المانع مؤبداً ولمدة غير معقولة ، فهل يجوز للقاضى إبقاء الشرط مع إنقاص مدته إلى ما يقدر أنه الحد المعقول ، مستنداً فى ذلك إلى المادة ١٤٣ مدنى التى تقضى بانتقاص العقد إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فى شق من دون الشق الآخر ؟ يصعب التسليم للقاضى بهذا المدى الواسع فى السلطة التقديرية ، فإنه فى الحالات الأخرى التى يجرى فيها إنقاصاً فى العقد يكون القانون قد رسم له حداً أقصى لا تجوز مجاوزته . كما إذا أنقص الفوائد إلى ٧ ٪ أو مدة البقاء فى الشيوع إلى خمس سنوات . أما هنا فليس أمام القاضى حد أقصى يفرضه القانون حتى يلتزم به ، فالأسلم أن يبطل الشرط المانع بدلاً من أن يحدد له مدة يقدرها مدة معقولة ثم يقدر فى الوقت ذاته أن المتصرف كان يرضاه عند إبرام التصرف . انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ - ص ٨٢ و ص ٨٢ هامش ١ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٢ ص ١٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٤) وهذا ما لم يقتصر الشرط على المنع من نقل الملكية دون غيره من التصرفات (جوسران ١ فقرة ١٨٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ١٠١ - حسن كيزة فقرة ٩١ ص ٢٩٢ - إسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٨٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٤ ص ١٧٤ - منصور مصطفى منصور -

له بأن يشترى بثمنها عيناً أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١) . كما قد يكون الشرط المانع مفصلاً على وجوب عرض العين ، عند الرغبة في التصرف فيها ، على شخص معين بالأفضلية على غيره ، فيجب قبل التصرف في العين لشخص آخر أن تعرض العين على هذا الشخص المعين حتى إذا رغب في شرائها كانت له الأفضلية على غيره ، وقد تقدم بيان ذلك^(٢) .

وحتى يكون الشرط المانع في العقار نافذاً في حق الغير ، أى في حق شخص تصرف له من تلقى العين مثقلة بهذا الشرط ، يجب تسجيل الشرط المانع . ويقع عادة هذا التسجيل ضمن تسجيل التصرف الأصلي الذى نقل العين مثقلة بالشرط ، فيذكر في تسجيل التصرف الأصلي ما ورد في التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع . ومن ثم يكون الشرط المانع حجة على الغير ، فإذا وقع تصرف للغير مخالف للشرط المانع ، كان التصرف باطلاً كما سنرى وأمكن الاحتجاج على الغير بالبطلان .

ومنى كانت العين غير قابلة للتصرف فيها (inaliénable) بحكم الشرط المانع ، أصبحت أيضاً غير قابلة للحجز عليها (insaisissable) ، فإن المنع من التصرف يقتضى المنع من الحجز . ولو أن الحجز كان جائزاً لأمكن التحايل على شرط المنع من التصرف ، بأن يقترض المالك مالا وبدع الدائن بحجز على العين ويقتضى حقه منها ، فيكون المالك قد تصرف في العين على هذا النحو بطريق غير مباشر^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٣ .

(٣) فقص فرنسى ١١ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٤٢ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ D. C. ١٩٤١ - ٢٢ - أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠ .

هذا ويلاحظ أن اشتراط عدم جواز الحجز بطريق أصل يختلف عن عدم جواز الحجز المترتب على عدم جواز التصرف . ففي عدم جواز الحجز بطريق أصل تنص المادة ٤٨٧ مرافعات على أن لا يبيع ولا يهب ولا يهب الموهوب أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائرى الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل اهبه أو الوصية إلا لدين نفقة مقررة وبالنسبة المبيته في المادة السابقة (البيع) . . ويؤخذ من ذلك أن عدم جواز الحجز لا يكون نافذاً إلا في حال الدائنين السابقين على اهبه أو الوصية ، لأن هؤلاء الدائنين لم يثبتوا وقت أن

الأصلى . ومن ثم تعود العين إلى ملك المتصرف ، ويسقط تبعاً لذلك التصرف المخالف للشرط المانع والصادر من المتصرف إليه^(١) .

ولكن القضاء الفرنسى لم يقف عند تطبيق القواعد العامة فى هذه المسألة ، فقد أجاز أن يطلب المتصرف (أو ذو المصلحة المشروعة) ، لافسخ التصرف الصادر منه ، بل إبقاءه والاقتصار على إبطال التصرف الذى صدر مخالفاً للشرط المانع^(٢) . فيجوز إبطال كل تصرف مخالف للشرط المانع^(٣) ، وكذلك إبطال كل رهن يصدر من المتصرف له إذ يكون هذا الرهن مخالفاً للشرط المانع^(٤) . وكذلك إبطال كل نزول من جانب المتصرف له عن الرهن الذى يكفل ما تلقاه بالهبة أو الوصية من إيراد مرتب^(٥) . بل إن الإبطال يتناول ما ترتب على العين من رهن قانونى أو رهن قضائى^(٦) . ولا يكون المتصرف له الذى صدر منه التصرف المخالف للشرط المانع مسئولاً عن هذا التصرف الأخير ، ومن ثم لا يجب عليه الضمان^(٧) .

والذى يطلب الإبطال هو من تقرر الشرط المانع لمصلحته . فإذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة الواهب ، فالواهب وحده دون الموهوب له هو الذى يطلب الإبطال^(٨) . أما إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة

(١) سافاتييه ١ فقرة ٦٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ - ١ - ٢٠٤ - باريس ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ - ٢ - ١٧١ - ٩ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٠٤ - تولوز ١٦ يناير سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ - ٢ - ١٣٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ - ١ - ٤٤٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١١ - ١ - ١٥٠ .

(٤) نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - باريس ٩ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٠٤ - روان ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦ - ٢ - ٢٢٦ .

(٥) بموج ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ٢ - ٢٨٢ .

(٦) دريه ٢ يه نيه سنة ١٨٩٢ تحت حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٤

سيريه ٩٥ - ١ - ٢٧٦ .

(٧) باريس ١٤ يه نيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ - ٢ - ١٧١ .

(٨) نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٥٦٦ .

الموهوب له أو لمصلحة أجنبي ، فإن الموهوب له أو الأجنبي . دون الواهب ، هو الذى يطلب الإبطال (١) .

وينفذ الإبطال فى حق من تلقى التصرف المخالف للشرط المانع ، حتى لو كان هذا حسن النية لا يعلم بهذا الشرط (٢) . وقد قلنا أنه يجب تسجيل للشرط المانع ، ففى سجل كان نافداً فى حق من تلقى التصرف .

٣٢٢ - الاعتراضات الموجهة للقضاء الفرنسى فى هذا الصدد :

لو أن القضاء الفرنسى اقتصر على تطبيق القواعد العامة ، مادام لا يوجد نص خاص ، لوجب أن يقضى بفسخ التصرف الأصيل الذى تضمن الشرط المانع على أساس أن المتصرف له لم يحم بالتزامه من الامتناع عن التصرف فى العين . ولكن هذا الجزاء يجاوز فى كثير من الأحيان الغرض الذى قصد إليه المتصرف من الشرط المانع ، فهو لم يرد إذا خولف هذا الشرط أن يحرم المتصرف له من العين ، بل كل ما أراد هو أن تبقى العين له دون أن يتصرف فيها لأحد . لذلك ترك القضاء الفرنسى التصرف الأصيل قائماً ، واقتصر على إبطال التصرف الذى صدر مخالفاً للشرط المانع . فعلى أى أساس يقوم هذا القضاء ؟

قيل إن الشرط المانع يربط التزاما فى ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل ، أى بالامتناع عن التصرف فى العين ؛ فإذا أخل الملتزم بهذا الالتزام ونصرف فى العين ، جاز أن يكون الجزاء على الإخلال بالالتزام هو التعويض العيني ، أى إبطال التصرف الذى صدر مخالفاً للشرط المانع . وهذا ما تقضى به المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، فهى تقرر أن الدائن فى الالتزام بالامتناع عن عمل من حقه أن يطلب إزالة ما تم مخالفاً لهذا الالتزام (a la droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit) (٣) . ولكن هذا القول مردود بأن المقصود بعبارة « الإزالة »

(١) نقض فرنسى ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٣٥٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٣٧ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - بيزانسون ١٤ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٣ - ٢ - ١١٠ - باريس ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ سيرييه ٨٤ - ٢ - ١٨١ .

(٢) باريس ٢٥ مايو سنة ١٩٠٢ جازيت دى تريبينو ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠٢ .

(٣) كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣٠ - وانظر أيضاً فى

هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ١٠٢ ص ١٢٩ - عبد المنعم تليدراوى فقرة ٧٧ ص ٩٩ .

(soit détruit) الواردة في آخر المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى هو المدم المادى . لا لإبطال التصرف المخالف للالتزام بالامتناع^(١) .

وقيل إن الشرط المانع إنما يجعل المتصرف له ناقص الأهلية ، فلا يملك التصرف في العين تصرفا صحيحا ، بل يكون نصر ففهيها قابلا للإبطال^(٢) . وهذا القول مردود أيضاً بأن نقص الأهلية إنما يحدده القانون ، ولا يجوز للشخص بإرادته أن يجعل نفسه ناقص الأهلية^(٣) . ولو سلمنا جدلاً بأن المتصرف له يصبح بالشرط المانع ناقص الأهلية ، لكان هو وحده الذى يطلب لإبطال التصرف الصادر منه مخالفاً للشرط المانع . ولما جاز أن يطلبه المتصرف أو الغير . وقد رأينا أن القضاء الفرنسى يسلم بأن لاي من هذين طلب الإبطال متى كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته .

وقيل إن الشرط المانع إنما يقع على العين ذاتها فيجعلها غير قابلة للتصرف فيها ، في حدود المصاحبة التي تقرر الشرط المانع لحمايتها^(٤) . ويرد على هذا القول بما يأتي : (١) إن القول بأن الشرط المانع يجعل العين غير قابلة للتصرف فيها لا يتفق مع القول بأن التصرف المخالف للشرط المانع إنما يكون قابلاً للإبطال . فتي كانت العين غير قابلة للتصرف فيها ، ترتب على ذلك في منطق القانون أن يكون كل تصرف فيها باطلاً . لا قابلاً للإبطال . (٢) وحتى مع التسليم جدلاً بالقابلية للإبطال (أى بالبطان النسبي) ، فإن أسباب القابلية للإبطال طبقاً للقواعد العامة محددة على سبيل الحصر . فهي ترجع إما لنقص في الأهلية أو لعب في الرضاء . فلا يستطيع إذن الطرفان باتفاق بينهما ، ودون نص خاص في القانون يميز لما ذلك . أن يخلقا سبباً آخر للقابلية للإبطال . (٣) ثم إن القول بالقابلية للإبطال لا يسبغ إلا للمتصرف له . وهو من تقررر القابلية للإبطال لمصلحته . أن يطلب الإبطال . وهذا يجعل الشرط المانع ليست له قيمة عملية ، فإن المتصرف له لن يطلب لإبطال تصرف صادر منه هو ، فيعرض نفسه للرجوع عليه بالضمان ورد الثمن الذى قبضه ، وهو

(١) انظر في هذا المعنى پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٧ هامش ٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى جوسران ١ فقرة ١٨٥٠ .

(٣) مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ .

(٤) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٨ - مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ .

حريص على أن يستبقى التمس (١) . (٤) وإذا أراد القضاء الفرنسي أن يتحول من البطلان النسبي إلى البطلان المطلق . فإنه يصادف نفس العقبة إذ أن البطلان المطلق يفترض أن العين غير قابلة للتصرف فيها كما قدمنا ، وعدم قابلية العين للتصرف فيها أمر لا يصح أن تنشئه إرادة الطرفين ، بل لابد فيه من نص تشريعي ، وهذا النص التشريعي غير موجود في القانون الفرنسي (٢) . والواقع أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادي محض . ينقصه النص التشريعي الذي يستند إليه . وهو في الوقت ذاته قضاء لا يخلو من التناقض . فهو يقيم دون نص الأساس للبطلان المطلق ، ثم يستخلص منه . دون نص كذلك . البطلان النسبي . هذا من الناحية النظرية . ومن الناحية العملية . هو قضاء لا يفي بالحاجات العملية ، فهو لا يسمح للمتصرف أن يطالب بإبطال التصرف الصادر من المتصرف له مخالفا للشرط المانع ، والمتصرف له لن يطلب بإبطال التصرف الصادر منه كما قدمنا . وبذلك يتجرد الشرط المانع من كل قيمة عملية .

ويتبين من كل ذلك أن المسألة في حاجة إلى نص تشريعي يضع الأمور في نصابها . وهذا النص التشريعي قد وجد في التقنين المدني المصري .

٣٢٣ - البطلان في التقنين المصري بطوره مطلق - نص تشريعي :

لم يشأ التقنين المدني المصري أن يسكت عن تحديد مصير التصرف الذي يقع مخالفا للشرط المانع ، ، فنصت المادة ٨٢٤ مدني على ما يأتي :

« إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة . فكل تصرف مخالف له يقع باطلا » (٣) .

(١) كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣١ .

(٢) أوبري ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٧ سابعا .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٥ - ص ٧٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن بعض أحكام القضاء المصري ، في عهد

التقنين المدني السابق ، كانت تقضى بالبطلان المطلق على الوجه المنصوص عليه في المادة ٨٢٤ -

ويحسن . قبل تناول النص . أن نبين أولاً التكييف القانوني للشرط المانع . فهل هذا الشرط يقتصر على ترتيب التزام شخصي في ذمة المتصرف له يمنعه من التصرف في العين . أو هو شرط يجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها^(١) ؟ اختار التقنين المدني المصري التكييف الثاني ، فجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها . ويترب على ذلك بطلان أى تصرف يقع مخالفاً للشرط المانع بطلاناً مطلقاً . وهذه نتيجة منطقية . بل هي نتيجة بديهية ، لجعل العين غير قابلة للتصرف فيها . ولما كان ذلك يحتاج إلى نص تشريعي ، فقد أورد التقنين المدني هذا النص في المادة ٨٢٤ مدني سالفة الذكر ، حيث صرح كما رأينا بأن كل تصرف مخالف للشرط المانع « يقع باطلاً » . ولاشك في أن التصرف الباطل ، في لغة التقنين المدني المصري . هو التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً ولاشئ غير ذلك . أما إذا كان التقنين يريد البطلان النسبي ، فإنه يستعمل دائماً لأداء هذا المعنى عبارة « قابل للإبطال » .

فالتصرف المخالف للشرط المانع هو إذن ، في التقنين المدني المصري ، تصرف باطل بطلاناً مطلقاً بصريح النص . وهذا الحكم فيه مزيتان يتفوق بهما على القضاء الفرنسي :

(المزية الأولى) أنه يتفق مع جعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها ، فجزاء التصرف في عين غير قابلة للتصرف فيها هو البطلان المطلق لا البطلان النسبي . أما لو جعل الشرط المانع يقتصر على ترتيب التزام شخصي في ذمة المتصرف له بالامتناع عن التصرف . لكان جزاء التصرف المخالف ليس هو

١ - من التقنين المدني الجديد : استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ - طنطا ٦ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) انظر مناقشة هذه المسألة في پلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٧٦ .

للإبطال المطلق . ولا هو الإبطال النسبي . بل هو فسخ التصرف الأصلي . ولم يرد التقنين المدني المصري أن يجاوز ما قصد إليه المتصرف من إيراده للشرط المانع ، فهو لم يقصد عند مخالفة الشرط فسخ التصرف الأصلي ، بل إبقاء هذا التصرف قائما مع إلغاء ما صدر من المتصرف له من تصرف مخالف للشرط المانع ، وقد سقت الإشارة إلى ذلك .

(المزية الثانية) عالج التقنين المدني المصري بالحكم الذي أورده - للإبطال المطلق - عيبا وقع فيه القضاء الفرنسي عندما اتجه إلى الإبطال النسبي . فالإبطال المطلق يسمح للمتصرف . ولكل ذي شأن ، أن يطلب بإبطال التصرف المخالف للشرط . حتى لو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف له وحده^(١) . فأصبح للشرط المانع بذلك قيمة عملية تؤدي إلى إسقاط كل تصرف يصدر مخالفا لهذا الشرط ، سواء تقرر الشرط لمصلحة المتصرف أو لمصلحة المتصرف له أو لمصلحة الغير . فالإبطال المطلق يستطع أن يتمسك به كل ذي مصلحة ، بل ويتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط وهو الذي تعاقد مع المتصرف له . فتمنى صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع إلى شخص معين ، كان لكل من طرفي التصرف المخالف للشرط يتمسك بالإبطال . وكان كذلك للمتصرف وله دائما . صاحبة أدبية في عدم مخالفة الشرط المانع الذي فرضه ، ولا غير إذا تقرر الشرط المانع لمصاحته ، يتمسك بالإبطال .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما ، فالشرط المانع من التصرف صحيح . فإن خولف . كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف . وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافا لما قام حول هذه المسألة ، إذ كان القضاء مترددا بين إبطال التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي .

(١) وحتى لو كان من تعامل مع المتصرف له في التصرف المخالف للشرط المانع حسن النية ، أى لا يعلم بالشرط المانع ، متى كان هذا الشرط قد تضمنه تسجيل التصرف الأصلي . وبهذا يقول القضاء والفقهاء في فرنسا (باريس ٢٥ ماي سنة ١٩٠١ - جازيت دي تريبيون ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠١ - كولان وكاينتان دى لاورداندير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣٠ - وانظر بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٨٧٥ - مارتى وريينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ - ص ٧١) .

والذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف ، إذ له دائما مصلحة في ذلك . وبطله كذلك المتصرف له أو الغير ، إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما^(١) . وهذه هي القاعدة التي سبق تقريرها في الاشتراط لمصلحة الغير^(٢) .

(١) يلاحظ أنه فيما يتعلق بالمتصرف له يجوز له دائما طلب بطلان التصرف المخالف لشرط المانع ، حتى لو كان هذا الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف أو لمصلحة الغير دون مصلحته هو ، لأنه أحد طرفي التصرف الباطل . فالمتصرف له ، كالتصرف ، يجوز له دائما طلب البطلان . وهذا بخلاف الغير ، فلا يجوز له طلب البطلان إلا إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته ، وذلك حتى تكون له مصلحة توجب له وهو من الغير طلب بطلان التصرف . وعلى هذا الوجه يجب أن تفهم المذكرة الإيضاحية .

والمشتري من المتصرف له هو الطرف الآخر في التصرف الباطل ، ومن حقه كما قدما أن يطلب هو أيضاً البطلان . وليس هذا غريباً في منطق البطلان المطلق ، وهو بعد لا يخلو من فائدة للمشتري إذ يستطيع أن يبادر إلى طلب البطلان ، فلا يطالب بأشأن إذا كان لم يدفعه ، أو يسترده إذا كان قد دفعه . قارن شفيق شحاتة فترة ١٠٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٧ - وقد تضاربت الآراء في الفقه المصري في هذه المسألة :

فقد ذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى أن « الاتفاق على المنع من التصرف يتولد عنه فقط التزام بالامتناع عن عمل هو التصرف ... فإذا تصرف الملتزم بعدم التصرف فإنه يكون قد أخل بالتزامه ... ولذلك فإننا نرى أن المتصرف يستطيع أن يطلب إبطال التصرف كطريق من طرق التنفيذ المعنى » (شفيق شحاتة فترة ١٠٣ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ - وانظر أيضاً في هذا المعنى عبد المنعم البدر أوى فترة ٧٧ ص ٩٩) .

ويقول الأستاذ إسماعيل غانم : « وتثور الصعوبة بصدد تحديد أحكام هذا البطلان . فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه إذا خولف الشرط ، كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف . ولكن مقتضى البطلان المطلق أن يكون لكل ذي مصلحة التمسك به ، والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالإجازة (م ١٤١) . وتلك نتائج لا تستقيم مع الفرض المقصود من الشرط المانع ، وهما حماية مصلحة خاصة لشخص معين . فيجب - على الأقل حيث يكون الشرط المانع مقرر لمصلحة شخص آخر غير المالك (المشتري أو الغير) - أن يكون هو صاحب الشأن الأول في الانتفاع بتلك الحماية ، فيجب أن يتوقف الحكم بالبطلان على مطالبته به ، ويكون له أن يتنازل عن حقه في الإبطال بإجازة التصرف المخالف . ولكن ليس معنى ذلك أن أحكام البطلان النسبي منطبقة انطباقاً تاماً . فالبطلان النسبي طبقاً للقواعد العامة إنما يقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ، في حين أن الشرط المانع قد يكون مقررًا لحماية المشتري أو الغير وهو ليس طرفاً في التصرف المخالف . وإذا كان الشرط المانع مقررًا لحماية المالك نفسه من رعونته أو تبذيره ، فإن تطبيق أحكام البطلان النسبي تطبيقاً كاملاً يقتضي قصر طلب بطلان التصرف المخالف على المالك وتخويله حق -

المبحث الثاني

خصائص حق الملكية

٣٢٤ - **فدائش ثلاث حق الملكية** : يقال عادة إن حق الملكية له خصائص ثلاث : (١) فهو حق جامع (total) . (٢) وهو حق مانع

= الإجازة ، وذلك كفيل بتجريد الشرط من قيمته العملية . ولذلك يتعين في هذه الحالة تخويل المشرط حق طلب الإبطال بناء على ماله من مصلحة أدبية . وبالتالي فلا تكفي إجازة المالك لكي يصبح التصرف المخالف في مأمن من الإبطال بل يجب أن تنظم إلى إجازة المشرط « (إسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٩٠) - وانظر أيضاً قريباً من هذا المعنى : حسن كبيرة فقرة ٩١ ص ٢٠١ و ص ٢٠٤ - ص ٣٠٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٣ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١١٦ .

ويقول الأستاذ محمد علي عرفة : « الواقع أن اشتراط المنع من التصرف في ذاته لم يجر على حكم القواعد العامة ، فلا محل إذن لمحاولة إسناد الجزاء المترتب على مخالفته إلى أساس من المبادئ المقررة في القانون . وكل ما يمكن قوله في هذا الصدد هو أن القضاء قد أباح للأئمة اد الخروج على النظام القانوني للملكية ، فأباح اشتراط المنع من التصرف في الأموال ، وذلك من شأنه أن تصبح هذه الأموال مثقلة بتكليف عي (charge réelle) ، فتخرج عن دائرة التعامل ، وهو ما يؤدي إلى بطلان كل تصرف فيها على خلاف مقتضى هذا التكليف » (محمد علي عرفة فقرة ٢٨١ ص ٣٦٩) . ثم يقول في موضع آخر : « قرر المشرع في المادة ٨٢٤ ... وقد جاء بالمذكورة الإيضاحية ... والواقع أن المشرع لم يحسم بهذا الحكم ذلك الخلاف فحسب . فقد انقضى ذلك الخلاف بما استقر عليه القضاء الفرنسي من تقرير بطلان التصرف المخالف ، ولكنه رد البطلان إلى أساسه القانوني الدائم أيضاً ، بأن قرر بطلاناً مطلقاً : لا نسبياً كما ذهب إليه القضاء الفرنسي » (محمد علي عرفة فقرة ٢٨٢ ص ٣٧٠) . ونحن نؤيد الأستاذ محمد علي عرفة فيما ذهب إليه تأييداً تاماً ، ولا نتوقف إلا في شيء واحد هو قوله « فتخرج عن دائرة التعامل » . ففي رأينا أن المال المنوع التصرف فيه لم يخرج عن دائرة التعامل ، إلا إذا أريد بالتعامل التصرف ، فهو مال خرج عن دائرة التصرف دون أن يخرج عن دائرة التعامل ، إذ هو لا يزال قابلاً للتعامل فيه فيما لا يتعارض مع الغرض من الشرط المانع ، فيجوز إيجاره وتوارثه وتملكه بالتقادم ونزع ملكيته لمنفعة العامة وما إلى ذلك (انظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ١١١ - ص ١١٢) .

انظر أيضاً في معنى البطلان المطلق : محمد كامل مرسي ١ فقرة ٤١٤ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١١٨ ص ١٦٤ - ص ١٦٧ - جميل الشراوى في ١٠ ص ٤٠ في أن بطلان فقرة ٤٠ ص ١١٣ - ص ١١٤ .

(exclusif) . (٢) وهو حق دائم (perpétuel) . وكان يقال قديماً إن الملكية حق مطلق (absolu) . وقد رأينا (١) أن الملكية على العكس من ذلك حق مقيد ، إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون ، وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية .

ونعالج الخاصيتين الأوليين - الملكية حق جامع مانع - في مطلب ،
وتفرد للخاصية الثالثة - الملكية حق دائم - مطلباً ثانياً لأهميتها .

المطلب الأول

الملكية حق جامع مانع

٣٢٥ - الملكية من جامع : قدمنا أن الملكية حق يشتمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء ، فهي تحول المالك الانتفاع بالشيء (jus utendi) ، واستغلاله (jus fruendi) ، والتصرف فيه (jus abutendi) . وليس لصاحب أى حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعاً ، بل لا يكون له إلا بعضها . ثم إن المالك أن يصنع بملكه ما يشاء ، إلا ما منع منه القانون . فالأصل في الملكية الإباحة ، والتحریم هو الاستثناء . ولا بد في الاستثناء من نص . وهذا النص لا يجوز التوسع في تفسيره (٢) . ومن ثم كانت الملكية حقاً جامعاً (plena in re potestates) .
ويترتب على أن الملكية حق جامع أمران :

(الأمر الأول) أن الأصل في حق المالك أن يكون جامعاً لكل السلطات ، ولا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه طبقاً للطرق المقررة قانوناً . ومن يدعى أن له حقاً في ملك الغير ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، أو يدعى أن هناك قيوداً تقرر لمصلحته على ملك الغير كقيام شرط مانع من التصرف ، فعليه هو ، لا على المالك ، يقع عبء الإثبات . ذلك أن المفروض هو أن المالك يجمع كل السلطات ، فلم يثبت أحد أن القانون أو الاتفاق خول له بعضها بقينا على حكم الأصل ، واعتبرنا الملكية جامعة أى خالية من أى قيد (٣) .

(١) انظر آتية فقرة ٢٩٧ .

(٢) أليكس. كوييد ، دالوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٣٦ .

(٣) أوبري ورو وبارتان ٢ فقرة ١٩٠ ص ٢٤٨ - بودرى وشوفو فقرة ٢٠٢ .

(والأمر الثاني) أن أى حق بتفرع عن الملكية يكون عادة مؤقتا . فحق الانتفاع وما يلحقه من حق الاستعمال وحق السكنى هى بالضرورة حقوق مؤقتة ، ولا يجوز أن تجاوز مدتها حياة أصحابها . وحقوق الارتفاق يمكن أن تكون حقوقا مؤقتة . وإذا لم تحدد لها مدة فإن هناك أسبابا معينة ذكرها القانون لانقضائها مباني بيانها عند الكلام فى حقوق الارتفاق (انظر المواد ١٠٢٣ - ١٠٢٩ مدنى) . وحق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته على سنتين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة ، اعتبر الحكر معقودا لمدة سنتين سنة (م ٩٩٩ مدنى) . وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز تزول حتما بانقضاء الحقوق الشخصية التى تكفلها . ومتى تقرر أن الحقوق المتفرعة عن الملكية هى حقوق مؤقتة على النحو الذى رأيناه ، فإن أى حق منها متى استوفى مدته ، ارتد حتما وبمحكم القانون إلى الملكية ، فيعود لحق الملكية ما كان قد انتقص منه بسبب قيام الحق المتفرع عنه . ذلك أن الملكية حق جامع شامل كما قدمنا ، فلإليه يعود جميع ما تفرع عنه من حقوق بعد أن تستنفد هذه الحقوق مدة بقائها . فإذا استنفد حق الانتفاع مثلا مدة بقاءه ، ارتد إلى الرقبة ، وعادت الملكية كاملة وكانت قبل ذلك ناقصة بقيام حق الانتفاع منفصلا عنها .

٣٢٦ - الملكية من مافع : ومعنى أن الملكية حق مانع هو أنها حق مقصور على المالك دون غيره ، فلا يجوز لأحد أن يشاركه فى ملكه ، أو أن يتدخل فى شؤون ملكيته . وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٢ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى : « لمالك الشيء ، اءام ملزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ... » . وقد عدل النص فى لجنة المراجعة ، فأصبح يجرى على الوجه الآتى : « لمالك الشيء وحده ... »^(١) ، فحل لفظ « وحده » محل عبارة « دون أى تدخل من الغير » ، دون تغيير فى المعنى . وتأكيءا لمعنى أن الملكية حق مانع لا يجوز معه أن يتدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه ، حذفت لجنة مجلس المشيوخ من مشروع التثنين المدنى عندما كانت تنظره نصا (م ١١٧٠ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على الوجه الآتى : « إذا تدخل الغير فى انتفاع

(١) انظر آتنا لقرة ٢٩٦ فى الماشر .

المالك بملكه ، وكان هذا التدخل ضرورياً لتوثيق خطر داهم هو أشد كبراً من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل . فليس لملك أن يمنع ذلك ، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر^(١) . وقامت اللجنة فى تقريرها : اقترح حذف المادة لما قد تودى إليه من انتهاك حرمة ملك الغير ، وما قد تخلقه من مشاكل لا ضابط لها ولا تحمد عقباها . وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، ولكن على أساس أن النتيجة العمالية من النص تتمتع فى الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص من ناحية . وأن فى فكرة التعسف فى استعمال الحق ما قد يغنى عن أحكام هذه المادة فى كثير من الفروض التى تقتصر فيها المروءة عن قضاء حق الضرورة^(٢) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « (١) يضع هذا النص مبدأ عاماً يقيد من حق الملكية تقييداً أساسياً ، سترد له تطبيقات كثيرة فيما بعد . والمبدأ مقتبس من التقنين الألمانى ، وفيه وزن صحيح لجميع المصالح المشروعة . فإن الغير قد يجد نفسه مضطراً إلى التدخل فى انتفاع المالك بملكه ، حتى يتوق ضرراً هو أشد بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من هذا التدخل . لذلك وجب اختيار أهون الضررين ، فيتحمل المالك الضرر الأخف حتى يدرك عن الغير الضرر الأشد . ولا يترك المالك بعد ذلك دون تعويض ، بل يعرض تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر . وما حقوق الشرب والحرق والمسبل والمرور إلا تطبيقات لهذا المبدأ . (٢) ويلاحظ أن التقنين الألمانى عبر عن هذا المعنى بنص ذكر فيه أنه لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من استعمال ملكه ، أما المشروع فقد استعمل تعبيراً أوسع فذكر « تدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه » . والتعبير بالتدخل فى انتفاع المالك ينطوى تحته الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، كما تنطوى تحت حالة الضرورة ، وقد سبق ذكر هاتين الحالتين فى العمل غير المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩ - ص ٣٠ فى الهامش - وقد قضى بأن للمالك البناء ، فى سبيل إصلاحه وترميمه ، أن يستعين بملك الجار ، كأن يضع فيه سلماً أو نحو ذلك مما يستعان به فى ترميم البناء مادام تعديه على ملك الجار خفيفاً وموقتاً ، على أن يكون الجار الحق فى الحصول على تعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب هذا التعدي (استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ٢٩٩) . وقد نصت المادة ١٦٨ مدنى على أن « من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدثاً به أو غيره ، فلا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً » . ولكن من جهة أخرى قضى بأن ترخيص مصلحة التنظيم بإحداث بناء لا يقل من سقى الجار الملاصق فى المعارضة فى أن يقام هذا البناء مستنداً على عقاره هو ، ولو لم يكن ذلك مهدداً لسلامة مرأته (استئناف مخطط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٣٩ ص ٦٦٩) .

وقد حذفت لجنة المس الشيوخ أيضاً نصاً (م ١١٧٩ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على -

وليس قصر الملكية على المالك خاصا بحق الملكية وحده . بل إن كل حق آخر ، عينا كان الحق أو شخصياً . مقصور على صاحبه . ولكن القصر في حق الملكية أكثر بروزا من القصر في غيره من الحقوق ، لأن حق الملكية هو أوسع الحقوق نطاقا فقصره على صاحبه يكون أبلغ أثراً .

ويترب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد . يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكا لشخصين على الشيوع . ولكن كلا من الشخصين لا يملك الشيء كله . بل يملك جزءاً منه شائعاً . ويجوز أن يملك البناء أشخاص متعددون ، ولكن كلا من هؤلاء الأشخاص يملك طبقة أو أكثر من طبقات هذا البناء . دون أن يملك كل منهم البناء كله . ولو أمكن تصور أن يملك شخصان كل الشيء بحيث يملك كل منهما كل الشيء في وقت واحد ، على نحو ما نراه في الحق الشخبي عندما يكون له دائنان متضامنان فيملك كل منهما الحق كله بالنسبة إلى المدين ، لما كانت الملكية حقاً مانعاً . إذ هي لم تمنع أن يوجد إلى جانب مالك الشيء مالك آخر يملك في وقت واحد نفس الشيء وكل الشيء (١) .

٣٢٧ - ما يرد من القيود على أن الملكية من جامع مانع : وإذا

قلنا إن الملكية حق جامع مانع ، فإن هذا هو الأصل . ولكن يرد على هذا الأصل استثناءات كثيرة . من شأنها أن تقيد من شمول حق الملكية ومن قصرها على المالك .

فهناك قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك على الشيء . بل وتبيح

= الوجه الآتي : « على كل مالك أن يأذن . في نظير تعويض عادل إذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذي مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه ، كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص ، أو لاستعادة أشياء ضائعة . أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى . بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ » . كما حذفت لجنة المراجعة نصاً (م ١١٨٠ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على الوجه الآتي : « على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، إذا أصبح المرور في الطريق متعذراً ، أن يسمح بمرور الجمهور في أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالقدر المأمور ، فإذا نشأ عن ذلك ضرر وجب على الجهة الإدارية القائمة على شؤون الطرق انباتة أن تعوض المالك إذا اقتضى الحال ذلك » . انظر مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٤٨ - ص ٥٠ - وسمود إلى هذين النصين عند الكلام في قيود الملكية (انظر مايل سنة ١٩٦٥ في الخامس) .

(١) انظر بودري وشوفو فشرة ٢٠١ .

تدخل الغير في ملكي . من ذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب والجري والمسيل والبرور ، وما يفرضه على الجار في ألاّ يتجاوز مضار الجوار المألوفة . وفي مراعاة مسافة معينة في فتح مظل على جاره . ومباني بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية .

ومن ذلك جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها للمنفعة العامة ، بعد أن يدفع للمالك مقدماً تعويضاً عادلاً .

ومن ذلك ما هو مقرر من أن للملكية وظيفة اجتماعية ، يفرض على المالك القيام بها .

ومن ذلك حق الشفعة وحق الاسترداد ، ففيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشتري الأصلي .

ومن ذلك ما أعطى للمستأجر . سواء كان مستأجر الأماكن أو مستأجر الأراضي الزراعية . من حقوق واسعة تقيد من سطات المالك وتلزمه ألاّ يتجاوز في تحديد الأجرة حداً معيناً . وفي ألا يخرج المستأجر من ملكه بعد انتهاء الإيجار .

ومن ذلك التسعير الجبري ، وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمن لا يتجاوز حداً معيناً .

ومن ذلك ما استحدث أخيراً من تأميم المشروعات الخاصة ، فنزع ملكيتها جبراً على أصحابها ، وبعد أن كانت جزءاً من القطاع الخاص تصبح تابعة للقطاع العام .

ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من ألا يتجاوز الملكية الزراعية أو الحيازة حداً معيناً .

وسنعرض لهذه القيود تفصيلاً عند الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية .

المطلب الثاني

الملكية حق دائم (*)

٣٢٨ - الملكية هي دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك بالنسبة إلى

شخص المالك : وإذا قلنا إن الملكية حق دائم ، فإنما نقصد أنها حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك ، لا بالنسبة إلى شخص المالك . ذلك أن الملكية تبقى مادام الشيء المملوك باقيا ، ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء أى بهلاكه . فهي إذن حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك ، فإدام هذا الشيء باقيا لم يهلك فهي دائمة لا تزول .

ولكن شخص المالك لا يبقى واحدا على الدوام ، فكثيراً ما تنتقل الملكية من شخص إلى آخر ، فيتغير شخص المالك حتى لو كان هذا المالك شخصا معنويا . فإذا كان شخصا طبيعيا ، فالملكية لا شك منتقلة إلى شخص آخر بعد وقت محدود لا يجاوز عمر المالك ، وإذا مات هذا انتقلت الملكية إلى وارثه أو إلى من أوصى له بالملك . ولكن تغير شخص المالك لا يعنى عدم دوام الملكية ، فالملكية باقية هي بعينها حتى لو انتقلت إلى شخص آخر ، وانتقال الملكية لا يعنى زوالها . ويقال في هذا المعنى عادة إن الملكية تتأبد بانتقالها (La propriété se perpétue en se transmettant) (١) .

وللدوام حق الملكية على النحو الذى بيناه معان ثلاثة ، المعنيان الأولان لا خلاف فيهما ، والمعنى الثالث وحده هو محل الخلاف .

٣٢٩ - المعنى الأول لدوام حق الملكية - الملكية بطبيعتها غير

موقته : وأول معنى يفيد دوام حق الملكية أن هذا الحق هو بطبيعته غير

(٥) مراجع : Chauffardel في دوام حق الملكية رسالة من إكس سنة ١٩٢٣ - Aulagnon

في دوام الملكية المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٢ .

(١) بيدان وفواران : فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ - مرققة ١٣٤٨ .

وانظر في دفع الاعتراضات الواردة على انتقال حق ملكية والفائدة بأن حق الملكية يزول عند انتقاله ، وينشأ حق ملكية جديد لمن خلف المالك الأصلي : مرقق ودينو فقرة ٤٨ - بلانيول وريجير وبرالانجيه فقرة ٢١٢٦ وفترة ٢٨٥٩ .

موقت . وقد قدمنا أن الحقوق الأخرى غير حق الملكية تكون بطبيعتها موقنة ، أو يمكن أن تكون موقنة . فالحق الشخصي لا يمكن أن يكون دائما . ولابد من انقضائه في وقت ما ، تبعاً لما يرد عليه من أسباب الانقضاء . والحقوق العينية غير حق ملكية . كحق الانتفاع وحق حكر وحقوق الرهن والاحتفاظ والامتياز ، كلها حقوق موقنة على الوجه الذي بسطناه . وكذلك حقوق الارتفاق يمكن أن تكون موقنة ، وحتى لو لم يحدد لها أجل هناك أسباب ذكرها القانون تنقضي بها . وقد سبق بيان كل ذلك^(١) . فهذه الحقوق جميعاً تزول قبل أن يزول الشيء الذي ترتبت عليه ، وليس من الضروري أن تبقى بقاء هذا الشيء . أما حق الملكية فيختلف عن كل هذه الحقوق في أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقياً ، وفي أن القانون لم يحدد له وقتاً معيناً لانقضائه . فهو حق دائم ، وإذا انتقل إلى شخص آخر فإنه يتأبد بهذا الانتقال كما سبق القول^(٢) .

وفي حين أن أسباب كسب الملكية ، كمصادر الالتزام ، أسباب متعددة يعنى القانون بتنظيمها عناية تامة ، إذا بأسباب زوال حق الملكية ، على خلاف أسباب انقضاء الالتزام ، تنحصر في رأينا في هلاك الشيء المملوك . فالملكية إذن حق دائم ، مادام الشيء المملوك قائماً .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٥

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٢٨ - وقد أخذ على هذا المعنى أنه بقية من بقايا الخلط ما بين حق الملكية والشيء المملوك ، فحق الملكية يستغرق كل سلطة على الشيء حتى أنه يمتزج به ويتجد فيه ، ويصبح حق الملكية هو الشيء نفسه ، ومن ثم يدوم دوام الشيء (إسماعيل غانم فقرة ٢٦ - منصور ، مصطلح منصور فقرة ٧ ص ١٧) . وفي رأينا أن هذا المعنى في دوام الملكية لا يأتي من اختلاط الملكية بالشيء على النحو الذي كان الرومان يذهبون إليه ، وإنما يأتي من أن الملكية كحق متميز عن الشيء المملوك هو الأصل الذي تنفرع عنه سائر الحقوق العينية . وإذا كان الشيء له وجه قانوني فنشأن وجوده هو أن يقوم عليه حق الملكية . ويبقى هذا الحق قائماً على سبيل الدوام ، وإذا تفرعت عنه حقوق أخرى فصير هذه الحقوق إلى الزوال ، فإذا ما زالت عدد حق الملكية كاملاً كما كان ، وبقي دائماً دون أن ينتقص من دوامه تنفرع بعض الحقوق عنه . فإذا ما زال الوجه القانوني للشيء ، هلكه في العقار والمنقول ، أو بالتحلل عنه في المنقول حيث ينقلب الوجود القانوني إلى وجود فعل ، زال حق الملكية . فحق الملكية إذن مرتبط ، لا بالوجود الفعل للشيء ، بل بوجوده القانوني . قرب من المعنى الذي نقول به حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٠ - ص ١٦٢ ، وقارن منصور ، مصطلح منصور فقرة ٧ ص ١٧ - ص ١٩ .

٣٣٠ - المعنى الثانى لدوام حق الملكية - الملكية لا تزول بعدم

استعمال : والمعنى الثانى لدوام حق الملكية هو أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال (non-usage) . وحق الملكية . دون الحقوق الأخرى . هو الذى يتميز بهذه الخاصية . فالحقوق الشخصية تنقضى بالتقادم المسقط ، وتنقضى بانقضائها الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) التى تضمها . وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية - فيما عدا حق الملكية - بعدم الاستعمال فحق الانتفاع (وكذلك حق الاستعمال وحق السكنى) . تزول جميعا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . كما هو صريح النص (م ٩٩٥ مدنى وم ٩٩٨ مدنى) . وحق الحكر ينتهى بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة ، إلا إذا كان موقوفاً فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة (م ١٠١١ مدنى) . وتنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فإن كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثاً وثلاثين سنة (م ١٠٢٧ / ١ مدنى) . أما حق الملكية ، فهو وحده الذى لم يرد فى شأنه نص يقضى بزواله بعدم الاستعمال . وذلك أمر طبيعى ، إذ حق الملكية حق دائم يبقى ما بقى الشيء المملوك ، والمالك حر فى أن يستعمل ملكه أو ألا يستعمله ، ومهما طالت مدة عدم الاستعمال فإن حق الملكية باق لا يزول (١) .

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن بقاء الملكية مهما طالت مدة عدم الاستعمال ، وإن كان هذا هو القانون الوضعى . لا يقوم على أساس من جوهر الملكية ، وأنه من المرغوب فيه أن يتقرر تشريعياً إسقاط حق المالك ، على الأقل فيما يتعلق بملكية وسائل الإنتاج ، إذا لم يستعمل ملكه مدة معينة ، وأبىولة حق الملكية للدولة تمثيلاً مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية (إسماعيل غانم فقرة ٢٧ ص ٥٥ - ص ٥٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ - ص ٢٢) .

ونحن نرى ، على العكس من ذلك ، أن عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال يقوم على أساس من جوهر الملكية . فادامت الملكية تدوم مادام الوجود القانونى للشيء المملوك ، ومادام المالك له أن يستعمل الشيء أو ألا يستعمله ، وأن يستغله أو ألا يستغله ، فإن طبيعة الملكية تقتضى إذن أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال . وإذا كانت الحقوق الشخصية تزول بالتقادم المسقط ، فذلك لأن هناك مديناً من حقه أن يطمئن إلى ما استقر عليه وضعه بعد تمام مدة التقادم ، ولأن الدائن تلحق به مظنة الإهمال إذا هو لم يطالب بحقه بعد حلوله إلى أن تنقضى مدة التقادم . وإذا كانت الحقوق العينية الأخرى غير حق الملكية تسقط بعدم الاستعمال ، فذلك لأنها حقوق مقتطعة من حق الملكية -

وإدام حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال . فإن الدعوى التي تخبره ،
وهي دعوى الاستحقاق . لا تسقط هي أيضاً بالتقادم ^(١) . ولا يتصور أن
يكون الحق نفسه غير قابل للسقوط بالتقادم . وتسقط مع ذلك بالتقادم الدعوى
التي يطلب بها هذا الحق ^(٢) .

وإذا كان حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط ، فإن هذا لا يمنع من
كسبه بالتقادم المكسب ^(٣) . فإذا وضع شخص يده على مال مملوك لغيره ،

= مقيدة لهذا الحق ، وهناك مالك من حقه أن يطعن إلى ما استقر عليه وضعه من تحرير ملكيته
وزوال ما اقتطع منها بعد تمام مدة عدم الاستعمال . أما حق الملكية ذاته ، فإن عدم استعماله موكول
إلى إرادة المالك ، ولا يوجد أحد من الأفراد يتأذى من عدم استعمال المالك للملك . إذ لا يوجد
أحد يكون قد اضرأ إلى ما استقر عليه من وضع بسبب عدم استعمال المالك للملك . إلا إذا كان
شخصاً قد حاز الشيء المملوك ، فإنه عندئذ يكسبه بالتقادم المكسب . وإذا قيل إن المجتمع يتأذى
من عدم استعمال المالك للملك . فهذه حجة لا يجوز تعميمها ، والأول ترك أمرها إلى المشرع
الذي ينوب عن المجتمع ، فهو الذي يقدر في حالات خاصة متى يتأذى المجتمع فيقضى بتشريع استثنائي
أن الملكية تسقط من المالك بعدم الاستعمال ، وتؤول إلى الدولة . ولا يكون ذلك كما قدمنا إلا على
سبيل الاستثناء وفي حالات خاصة ، منها ما كانت المادة ٢/٨٧ مدني تنص به من رجوع
الملكية إلى الدولة إذا كف المالك عن استعمال الأرض غير المزروعة مدة خمس سنوات متتالية
خلال السنوات الخمس العشرة التالية للتملك (وقد أُلغى هذا النص بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) ،
ومنها ما تنص به المادة ٣/١٤ من قانون الإصلاح الزراعي من إسقاط الملكية عن وزعت عليه
الأرض إذا لم يعن بزراعتها في خلال خمس سنوات من تاريخ إبرام عقد التوزيع النهائي (قارن
منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ هاشم ٢) . ويقرب من هاتين الحالتين ما تنص به
المادة ١١ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ من أنه لا يجوز إبقاء المساكن المعدة
للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية .
فهنا لا يؤول الملك إلى الدولة ، ولكن المالك يجبر على إيجار ملكه (الوسيط ٦ فقرة ٦٨٧) .
انظر في هذا المعنى حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٧٠ - ص ١٧٢ - محمد علي عرفة فقرة ١٦٠
ص ٢٠٠ - ص ٢٠١ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٤ ص ٢٣ - ص ٢٤ - محمد كامل
مرسي ١ فقرة ٢٠٣ ص ٢٧٢ .

(١) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٤١ - ١٠ مايو سنة
١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٣٤٦ - السين أول يونيه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ .
J. ٣٣٥٠ - مازو فقرة ١٣٤٩ ص ١١٠١ .

(٢) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ - مارتى وريبنو فقرة ٩٩ -
فقرة ٥٠ .

(٣) استئناف نخلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢٨ - ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨
ص ١٦٥ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٩١ -
٢٥ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٧ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠ .

وانقضت مدة التقادم الطويلة أو القصيرة بحسب الأحوال ، فإن ملكية المال تزول عن المالك وتنتقل إلى واضع اليد . ولكن ذلك لا يعنى ، كما هو ظاهر ، أن الملكية زالت بالتقادم . ذلك أن زوال الملكية عن المالك الأصلي لم يأت عن طريق فقدته للملكية بالتقادم المستقط . بل أتى عن طريق التقادم المكسب ففقد المالك الأصلي حق ملكيته لأن غيره قد كسب هذا الحق . ولا يختلف المنقول عن العقار في شيء مما تقدم ، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط . وكلاهما يكسب بالتقادم المكسب (١) . غير أن المنقول يختص بحكم في هذا الصدد ينفرد به عن العقار ، فقد نصت المادة ١/٨٧١ مدنى على أن « يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد الزول عن ملكيته » . فالتخلّى عن المنقول (abandon) يزيل ملكيته ، ويصبح المنقول لا مالك له إلى أن يملكه شخص آخر بطريق الاستيلاء . ولم يرد مثل هذا النص في العقار ، فالتخلّى إذن عن العقار (délaissement) ، كما إذا تخلّى الحائز للعقار المرهون عن العقار أو تخلّى من يشغل عقاره حق عيى أو تكليف عيى للتخلص من هذا الحق أو التكليف ، لا يفقد المالك ملكيته ، بل يبنى العقار على ملكه إلى أن يكسب الملكية أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية (٢) .

(١) ويكسب المنقول بالحيازة بموجب القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، إذا كان الحائز حسن النية ومع سبب صحيح . فإن لم تتوافر هذه الشروط ، ملك الحائز المنقول بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة . أما إذا توافرت الشروط ، ولكن المنقول كان مسروقاً أو ضائعاً ، فإن المالك يستطيع أن يسترده من الحائز حسن النية فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، بشرط أن يعجل الحائز الثمن الذى دفعه إذا كان قد اشترى المنقول بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه من يتجر فى مثله (م ٩٧٧ مدنى) . ومدة ثلاث السنوات التى يجب أن يسترد المالك فى خلالها المنقول من الحائز ليست مدة تقادم ، بل هى ميعاد إسقاط (délai de déchéance) .

(٢) انظر فى هذا المعنى - من كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٨ - ص ١٧٠ - وانظر عكس ذلك وأنه إذا تخلّى المالك عن العقار بقصد الزول عن ملكيته انتقلت الملكية إلى الدولة ، استناداً إلى المادة ١/٨٧٤ مدنى التى تقضى بأن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة : إسماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ هامش ٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ - وانظر فى فقد هذا رأى الأخير . وفى أن المادة ١/٨٧٤ مدنى تتكلم عن طائفة معينة من المقاربات هى الأراضى غير المزروعة ، أى الأراضى الصحراوية الخارجة عن الزمام وهى أراض لم تكن فى وقت ما مملوكة لأى فرد : منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٨ هامش ٢ .

ومهما يكن من أمر . فإن نحل مالك المنقول عنه وفقده بذلك ملكيته لا يفيد أن حق الملكية في المنقول حق غير دائم . فهو حق دائم إلى أن ينزل عنه صاحبه ، والنزول عن الحق لا يصحح أن يعتبر توقيتاً له (١) .

أما في فرنسا . فيتوهم خلاف فيما إذا كانت دعوى الاستحقاق في المنقول تسقط بالتقادم (٢) ، ولا شأن لنا بهذا الخلاف في مصر .

٣٣١ - المعنى الثالث لدوام حق الملكية - الملكية لا يجوز أنه

تقرر بأجل : وإذا كانت الملكية حقاً دائماً يبقى ما بقي الشيء المملوك على ما قدمنا . فالنتيجة المنطقية لذلك هي أنه لا يجوز أن تقرر الملكية بأجل ، فاسخ أو واقف . وإلا كانت الملكية موقته (٣) . فإذا اشترى شخص مالا ، حدد في عقد الشراء أجلاً فاسخاً انتهى ملكيته للشيء المبيع بانقضائه وتعود هذه الملكية للبائع بمجرد انقضاء الأجل . فإن ذلك لا يجوز ، لأن ملكية المشتري تكون في هذه الحالة ملكية موقته بالأجل الفاسخ . والذي يجوز هو أن يربط المالك الأصلي على الشيء حق انتفاع لغيره مقررنا بأجل فاسخ . فيبقى حق الانتفاع إلى أن ينقضي الأجل . فإذا ما انقضى زال حق الانتفاع وعادت الملكية كاملة للمالك الأصلي . ولا شيء يمنع من ذلك . فإن حق الانتفاع حق موقت بطبيعته . ويجوز أن يحدد له أجل فاسخ . وهو على كل حال لا بد منقضى بموت صاحب حق الانتفاع . كذلك لا يجوز أن تقرر الملكية بأجل واقف ، فلا يجوز أن يشتري شخص من آخر شيئاً على ألا تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري إلا بعد انقضاء أجل معين ، لأنه إذا اقترنت ملكية المشتري بأجل

(١) وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٣٢٩ في الهامش) أن ترك المنقول ، إذا أبقى وجوده الفعل ، فإنه يزيل وجوده القانوني . فالملكية تزول بزوال الوجود القانوني للشيء المملوك . وتبقى ببقاء وجوده القانوني . وعلى هذا المعنى ينبغي فهم دوام حق الملكية . ويستوى في ذلك المقار والمنقول . انظر عكس ذلك ، وأن ملكية المنقول تكون ملكية موقته بسبب جه از ترك المنقول : إسماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ - ص ٥٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ ص ٢٠ - حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٩ - ص ١٧٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٨ - ص ١٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبولانجه ١

فقرة ٢٨٥١ - مارك وريينو فقرة ٤٩ ص ٦٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦١ .

واقف كانت ملكية البائع في هذه الحالة ملكية مؤقتة تنتهي بانقضاء الأجل الواقف . والذي يجوز هو أن يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري عند حلول أجل معين ، فيكون الالتزام بنقل الملكية ، لا حق الملكية ذاته ، هو المؤجل . ولا تكون ملكية البائع في هذه الحالة ملكية مؤقتة ، وإنما هي ملكية دائمة يستطيع أن يتصرف فيها إلى مشر آخر لانتقل إليه ، ويكون البائع عند ذلك قد أخل بالتزامه نحو المشتري الأول . ويلتزم بالتعويض لا بنقل الملكية ، إلا إذا أمكن الطعن في التصرف الثاني بالدعوى البولصية .

وهذا المعنى الثالث لدوام حق الملكية ، بخلاف المعنيين السابقين ، ليس محل اتفاق لا في مصر^(١) ولا في فرنسا^(٢) . بل هناك من يقول بجواز أن تقرر الملكية بأجل فتكون ملكية مؤقتة (temporaire) .

ولكن الذي يدعونا إلى تأكيد هذا المعنى الثالث - عدم جواز اقران الملكية بأجل - هو أن هذا المعنى ليس إلا نتيجة حتمية للقول بأن الملكية حق دائم ، ويتنافى مع دوام حق الملكية أن تكون مقترنة بأجل^(٣) . ثم إن اقران الملكية بأجل يتنافر تنافراً تاماً مع طبيعة الملكية ومع العناصر التي تشتمل عليها . ويمكن أن نفترض ملكية مقترنة بأجل لمدة سنة مثلاً ، فهذه الملكية المؤقتة لمدة

(١) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز أن تقرر بأجل : شفيق شحاتة فقرة ١٣٢

ص ١٥١ هامش ١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣ ص ٢٥ - المزاوي في الوسيط ٣ فقرة ٦١ ص ٩٦ - وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقرر بأجل : إسماعيل غانم فقرة ٢٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ - حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ - ص ١٦٨ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٦ ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٢ - ص ٢٥ .

(٢) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز أن تقرر بأجل : بلانيون وريبير وبولانجييه فقرة ٢٧٢٦ - فقرة ٢٧٢٧ - مازو فقرة ١٣٤٨ - وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقرر بأجل : بيدان وفواران ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ .

(٣) والمقصود بالملكية المقترنة بأجل - وهي غير جائزة - أن تكون الملكية مؤقتة بحد معين إذا انقضت عادت الملكية من تلقاء نفسها - لا بسبب جديد - إلى المالك الأصل . ولا يقال هنا إن الملكية قد انتقلت بمودتها إلى المالك الأصلي فتأبدت بانتقالها ، لأن المراد من تأييد الملكية بانتقالها أن تكون الملكية قد انتقلت إلى الغير بسبب من الأسباب المعروفة لكسب الملكية ، وليس انقضاء الأجل من بينها (قارن حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ - ص ١٦٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٢) .

سنة تقنافر مع ١٠ يشتمل عليه حق الملكية من عناصر . فمن أخص عناصر الملكية أنه يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه ، بل وله أن يستهلكه وأن يتلفه ، ويتعين إذن أن نعطي هذه السلطات للمالك الشيء مدة سنة . فإذا تصرف هذا المالك في الشيء أو استهلكه أو أتلفه في خلال السنة التي يكون فيها مالكا . فكيف يمكن إذن تصور رجوع الملكية إلى صاحبها الأصلي بعد انقضاء السنة ! ليس أمامنا هنا إلا أحد طريقتين : فإما أن نقول بعدم جواز التصرف أو الاستهلاك أو الإتلاف حتى يعود الشيء سليما إلى مالكه الأصلي بعد انقضاء السنة . وفي هذه الحالة لا تكون الملكية الموقته في حقيقتها إلا حق انتفاع لا يجوز لصاحبه أن يتصرف في الرقبة أو أن يستهلك الشيء أو يتلفه . ويعود الشيء إلى صاحبه الأصلي بعد زوال حق الانتفاع أي بعد انقضاء السنة . وإما أن نقول بجواز التصرف والاستهلاك والإتلاف . وفي هذه الحالة لا تكون الملكية موقته . بل هي ملكية دائمة تصرف فيها صاحبها أو استهلك الشيء المملوك أو أتلفه . ومن ثم لا يعود الشيء إلى صاحبه الأصلي بعد انقضاء السنة . ولو أننا حللنا هذه الحالة الأخيرة تحليلا دقيقاً ، لتبين أن المالك لمدة سنة هو في الواقع من الأمر مالك ملكية دائمة . وقد وعد بإعادة الملكية إلى صاحبها الأصلي بعد انقضاء سنة . فإن قام بالوعد انتقلت الملكية إلى صاحبها الأصلي بعقد جديد . وإن أخل بالوعد لم يكن مسئولاً إلا عن التعويض .

يتبين مما تقدم أن الملكية لا يجوز أن تقرن بأجل . والقائلون بجواز اقتران الملكية بأجل يقدمون سنداً لقولهم الحجج الآتية (١) .

(١) لا خلاف في أن الملكية قد تقرن بشرط فاسخ . فإذا تحقق الشرط بعد مدة معينة انفسخت الملكية وزالت بعد هذه المدة . فتكون قبل ذلك ملكية موقته . ويظهر في وضوح ضعف هذه الحجة . فالملكية المعلقة على شرط فاسخ ليست ملكية موقته . ذلك أنه من الحائز ألا يتحقق الشرط الفاسخ - بخلاف الأجل الفاسخ فلا بد من حلوله - فتكون الملكية في هذه الحالة دائمة . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ . فإن الملكية تنفسخ بأثر رجعي . ونعتبر كأنها

(١) انظر في بعض هذه الحجج ديليون وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٢ ص ٢٢٢ - وفي

تفنيدها : ديليون وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٢٠ - فقرة ٢٧٢٧ - مارو فقرة ١٣٤٨ .

لم تقم أصلاً ، فلا تكون ملكية مؤقتة ، والفرق واضح بين ملكية مؤقتة وملكية غير موجودة (١) .

(٢) ويقال أيضاً إن هناك نوعاً من الملكية المؤقتة . هي الملكية الأدبية الفنية والصناعية . فقد حدد لها القانون آجالاً معينة . لا تتجاوز خمسين سنة بعد موت المالك . وظاهر أن هذه الحجة هي أيضاً لا تستقيم . فقد قدمنا أن الحقوق الذهنية التي ترد على الأشياء غير المادية ليست بحقوق ملكية ، وقلنا في هذا الصدد : « من أجل ذلك يجب أن ننفي عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكية حق استثنائي مؤقت ، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت » (٢) . وانتهينا إلى « أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي » (٣) .

(٣) ويقال كذلك إن هناك ملكية مؤقتة إذا حرر عقد بيع ابتدائي وحدد أجل معين لإمضاء عقد البيع النهائي وتسجيله ، فلكية البائع تدوم إلى انقضاء الأجل المعين وإمضاء العقد النهائي وتسجيله . ومن ثم تكون ملكية مؤقتة . ويسهل الرد على هذه الحجة بأن عقد البيع الابتدائي غير المسجل لم يجرد البائع من ملكيته ، بل أبقاها ملكية دائمة مقترنة بالتزام بنقلها إلى المشتري عند حلول الأجل المعين . فالموكل ليس هو الملكية ذاتها بل هو الالتزام بنقلها . ويقطع في صحة ذلك . وفي أن البائع ملكيته دائمة لا مؤقتة في خلال الأجل المعين ، أنه يستطيع أن يتصرف في الشيء المبيع في خلال الأجل ببيعه مرة أخرى إلى مشتري ثانٍ ، وإذا سجل هذا المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ،

(١) ويلاحظ أن الملكية المطلقة على شرط فاسخ لا تعتبر ملكية مؤقتة ، لا لأن التحقق للشرط أو لتخلفه أثراً رجعياً ، بل لأن الشرط أمر غير محقق الوقوع . فحتى لو لم يكن للشرط أثر رجعي ، فإن المالك تحت شرط فاسخ لا يمكن اعتباره مالكا ملكية مؤقتة ، إذ يحتمل ألا يتحقق الشرط فتبقى ملكيته دائمة . والمنوع في نظرنا هو أن تكون الملكية مؤقتة على وجه التحقيق ، أما إذا كانت مؤقتة على وجه الاحتمال فالحظر في توقيت الملكية لا يقوم ، إذ يجب على المالك في هذه الحالة الأخيرة أن يحافظ على العين حتى يستطيع ردها إلى من يملكها فيها إذا انتهت ملكيته هو (قارن شفيق شحاتة ص ١٥٢ - ص ١٥٣ في الهامش) .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٦٦ .

(٣) انظر آتفا فقرة ١٦٦ في آخر ما .

انتقلت الملكية إلى المشتري الثاني دون المشتري الأول . أما إذا لم يسرف البائع مرة أخرى وأمضى عند البيع النهائي وسجل هذا العقد ، سواء كان ذلك عند حلول الأجل المعين أو قبله أو بعده . فإن الملكية تنتقل إلى المشتري . فليست العبرة إذن بحلول الأجل . بل بإمضاء العقد النهائي وتسجيل هذا العقد . ولو كانت ملكية البائع موقفة بالأجل تبقى يبقائه وتزول بزواله . لكان مجرد حلول الأجل سبباً في نقل الملكية إلى المشتري . دون حاجة إلى إمضاء العقد النهائي وتسجيله (١) .

(٤) . ويقال أخيراً إن هناك ملكية موقفة في الصورة الآتية : يأذن المؤجر للمستأجر في إقامة مبانٍ في العين المؤجرة ، على أن تكون هذه المباني عند نهاية الإيجار ملكاً للمؤجر ، في مقابل تعويض أو بلا تعويض . فتكون ملكية المستأجر للمباني ملكية موقفة تنبئ مدة الإيجار . فإذا انقضت هذه المدة آلت ملكية المباني إلى المؤجر . وهذا تحليل غير سليم للوضع المفروض . والصحيح أنه مادام من المؤكد أن ملكية المباني تكون للمؤجر ، سواء كان ذلك في مقابل تعويض أو بلا تعويض . فإن المؤجر يعتبر منذ إقامة المباني مالكا لها في الحال . وتبقى ملكيته دائمة في خلال مدة الإيجار وبعد انقضاء هذه المدة . أما المستأجر فليست له على المباني لا ملكية دائمة ولا ملكية موقفة . بل هو غير مالك أصلاً . وإنما يكون له حق الانتفاع بالمباني كما ينتفع بالعين المؤجرة ، وذلك بموجب عقد الإيجار . وما ورد فيه من الشروط في خصوص المباني . وعلى المؤجر ، وقد ملك المباني فور إقامتها . أن يدفع تعويضاً للمستأجر عند نهاية الإيجار إذا اشترط المستأجر عليه ذلك ، وإلا فلا تعويض . وقد سبق أن قررنا ذلك في الجزء السادس من الوسيط في خصوص عقد الإيجار ، فقلنا في هذا المعنى ما يأتي : « في الحالة الأولى - البناء أو الغراس يقي حتماً في الأرض ملكاً للمؤجر - يكون هذا البناء أو الغراس ملكاً للمؤجر من وقت إنشائه ، ولا يكون للمستأجر بالنسبة إليه إلا حق شخصي يحوله الانتفاع به انتفاعه بالعين المؤجرة نفسها . ويكون البناء أو الغراس عقاراً واحداً مملوكاً لشخص واحد هو المؤجر ، فله أن يرهنه رهناً رسمياً : وإذا باعه وجب

(١) انظر في هذا المعنى مازو فقرة ١٣٩٤ - وانظر بودري وشوفو فقرة ٢٢٩ ص ١٧٥ .

التسجيل . وإذا توقع عليه حجز كان حجزاً عقارياً لا حجز منقول . والمؤجر هو الذى يدفع الضريبة المفروضة عليه ^(١) . ويترتب على ما قدمناه أن المستأجر لا ينتفع بالمباني التى أقامها فى العين المؤجرة إلا انتفاعه بالعين المؤجرة ذاتها . ولا يكون له عليها حق ملكية كما قدمنا . فإذا لم يحافظ المستأجر على المباني ويبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد . كان مسئولاً عن تقصيره أو عمله غير المشروع تجاه المؤجر ومن عسى أن تنتقل إليه الملكية من المؤجر من خلف خص كمشترى أو خلف عام كوارث . وتأيداً لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر . ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع . فتنقل بحكم القانون إلى المشتري . وتبعاً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان ^(٢) .

(١) الوسيط ٦ فقرة ٣٣ : ص ٦٢٧ - ص ٦٢٨ - وانظر استئناف مخطط ٢٨ مايو

سنة ١٩٢٧ - ٣٩ ص ٥١٢

(٢) نقض من ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣ .

وقد فرصت فى الحالة التى نحن بصددنا أن البناء يكون مصيره حتماً البقاء فى الأرض ملكاً للمؤجر . أما ما يفرضه أنصار جوار اقتران الملكية بالأجل (انظر إسماعيل غانم فقرة ٢٨ ص ٥٨ - عبد المدم فرج الصدة فقرة ١٥ ص ٢٣ - حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٨ - عبد الفتاح عبد الساتى فقرة ٥٦ ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٥) فحالة أخرى ، ليست الملكية فيها مقترنة بأجل . بل هى معلقة على شرط . فهم يفرضون أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه إذا ظل البناء قائماً عند انتهاء الإيجار لم يهدمه المستأجر ، فإن ملكيته تنزل للمؤجر فى مقابل تعويض . ومعنى ذلك أن الخيار يكون للمستأجر . إن شاء هدم البناء قبل انتهاء الإيجار ، وإن شاء أبقاه إلى نهاية الإيجار فتزول ملكيته عندئذ للمؤجر فى مقابل تعويض . فيكون المؤجر فى هذه الحالة ، طول مدة الإيجار . مالكاً تحت شرط واقف . هو ألا يهدم المستأجر البناء قبل نهاية الإيجار . فإذا تحقق الشرط ولم يهدم المستأجر البناء ، اعتبر المؤجر مالكا له بآثر رجعى من وقت إقامته فى العين المؤجرة ويدفع التعويض المتفق عليه . فلا توجد إذن ملكية مؤقتة فى هذه الحالة ، بل هى ملكية معلقة على شرط واقف بالنسبة إلى المؤجر . ومعلقة على شرط فاسخ بالنسبة إلى المستأجر . والملكية المعلقة على شرط تجوز كما قدمنا . وذلك بخلاف الملكية المقترنة بأجل فهى لا تجوز . انظر الوسيط ٦ فقرة ٣٣ : ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

ولما كان البناء يعد عقاراً مدة استقراره فى الأرض يملكه المستأجر ملكية معلقة على شرط فاسخ . فقد قضت المادة ١٠٣٨ مدنى بأنه يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير - وهو المستأجر -

الفرع الثاني

الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية(*)

٣٣٢ - ما ورد في الأعمال التحضيرية في شأن الوظيفة الاجتماعية

حق الملكية : نذكر هنا أهم ما ورد في الأعمال التحضيرية دالاً على أن التقنين

- في حالتنا - أن يرميها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ، ومن التمريض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى الماني . فالمستأجر هدم البناء إنما يرمي من ملكية معلقة على شرط فاسخ ، لا ملكية مقترنة بأجل . وإذا اختار المستأجر هدم البناء صار للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض ، أما إذا اختار بقاء البناء فإن ملكيته تقول إلى المؤجر في مقابل تمريض ، ويجعل هذا التمريض محل البناء حلولا عينيا ومن ثم يستوفى الدائن المتهن حقه منه مقدما على غيره من الدائنين . قرن في الرأي المخالف : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ ص ٢٣ - ص ٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٦ ص ٧٦ هامش ١ و ٢ . وانظر أيضاً حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٨ (وهو يسلم بأن ملكية المستأجر في الحالة التي نحن بصدد ملكية مقترنة بأجل ، ولكنه يذهب إلى أن هذا التوقيت لا ينتصر في قليل أو كثير من صفة الدوام اللازمة لحق الملكية ، ويجري على القاعدة التي يقول بها من أن الملكية المقترنة بأجل هي ملكية دائمة) . وقارن شمس الدين التوكيل في نظرية التأمينات الطبعة الثانية فقرة ٤٨ (وهو ، في صدد الكلام في رهن المباني القائمة على أرض الغير وحكم المادة ١٠٣٨ مدني ، يبدو أنه يعتبر أن ملكية المستأجر للمباني هي ملكية مؤقتة ، ولكنه لا يبين ما إذا كانت هذه الملكية مقترنة بأجل أو معلقة على شرط) .

(د) مراجع : Landry في الفائدة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٠١ - Deguit في الحق

الاجتماعي والحق الفردي طبعة ثانية سنة ١٩١١ ص ١٧ وما بعدها - في التغيرات العامة لقانون الخاص منذ تقنين ناپليون سنة ١٩١٢ - Transcred Rothe في وجود الملكية سنة ١٩٢٠ - Renard et Trolaban في الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة سنة ١٩٢٠ - Cornill في المسألة القانونية للملكية الخاصة سنة ١٩٢١ - Coete-Floret في الطبيعة القانونية لحق الملكية وفقا للتقنين المدني ومنذ التقنين المدني رسالة من مونيليه سنة ١٩٢٥ - Monnier من الملكية الرأسالية إلى الملكية الإنسانية سنة ١٩٢٦ - Vizdoz في الأشخاص والملكية سنة ١٩٢٩ - Josserand في تشكل (configuration) حق الملكية في النظام القانوني الجديد (ضمن دراسات Sugyama سنة ١٩٤٠ ص ٩٥ وما بعدها) - Oonard في الملكية في الفقه وفي التاريخ سنة ١٩٤٣ - Rouast في تطور حق الملكية (ضمن دراسات هنري كاپيتان سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها) - Salleron ست دراسات في الملكية الجماعية سنة ١٩٤٧ - Savatier من القانون المدني إلى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٤٠ وما بعدها - Jausse في الملكية ونظام الأموال في الحضارات الغربية سنة ١٩٥٣ - Challeve في تاريخ الملكية سنة ١٩٥١ - Ferrotjans في فكرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٣ .

المدنى الحالى . فى إيرادها الأحكام الخاصة بحق الملكية . أقام هذا الحق على أساس أن له وظيفة اجتماعية يجب على المالك أن يؤدّيها .

فى المادة ٨٠٢ مدنى التى سبق إيرادها (١) ، كان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « لملك الشئ ، مادام ملتزما بحدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به . وأن يتصرف فيه . دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة ما يأتى : « جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . ونوقى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالى (السابق) م ١١ فقرة ٢٧/١ : بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية ، كما فعل المشروع الإبطال (وقد أصبح منذ عهد قريب التقنين الإيطالى الجديد...) » (٢) .

وجاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فى النظرة العامة لحق الملكية ، ما يأتى :

« لم يخلع المشروع على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين الحالى (السابق) . بل نبذها إلى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلّبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقاً لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطالب إلى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون مادام يفعل ، أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان :

١- حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة . فالمصلحة العامة هى التى تقدم ، فما ينبغى أن تقف الملكية حجر عثرة فى سبيل تحقيق المصلحة للعامة ، ولا يدخل هذا فى وظيفتها الاجتماعية . مثل ذلك ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذى يصلح للاستعمال حلواً أو عمقاً . غير أنه ليس

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤ .

للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو والعمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه . فلو اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الأرض أو تحبها لا تسبب للمالك ضرراً ، فليس له أن يحول دون هذه الأعمال بدعوى أن حرمة ملكيته قد خرقت . مثل ذلك أيضاً أنه يجوز أن يحرم المالك من ملكه للمصلحة العامة في مقابل تعويض يدفع إليه مقدماً . ومثل ذلك أخيراً أنه يجب على المالك أن يراعى ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة .

« ب - حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك . فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم ، بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً . وهنا نجد القيد الذي يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة . بل للمصلحة الخاصة . وهذه هي النزعة الحديثة التي جاراها المشروع . ويظهر أثرها في أمرين :

١ - يطلب من المالك أن يتنعم عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضرراً غير مشروع ، والذي يطلب هنا هو عمل سلبى . وتطبيقاً لذلك يجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المأوفاة . وتطبيق ذلك أيضاً ١٠ أوجه للقانون على صاحب الحائط وصاحب العلو من الالتزامات السلبية لمصلحة جاره .

٢ - يجوز للغير أن يتدخل في انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة ، هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا تنتقل من الدائرة السلبية ، وهي مجرد امتناع المالك عن القيام بعمل معين ، إلى الدائرة الإيجابية ، وهي قيام الغير بأعمال معينة تتعارض مع حق المالك أو إجبار المالك على القيام بأعمال معينة . وتطبيقاً لذلك يجيز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج إليه أراضيهم من رى أو صرف ، ويعطى حق المجرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوهم فيه ، وفى الملكية الشائعة يحى المشروع الأغلبية من الشركاء ضد نعت الأقلية ، وبذهب في ذلك إلى حد بعيد حتى ليجز للأغلبية أن تنصرف في المال المشاع جميعه رغم معارضة الأقلية ، إذا استندت في ذلك إلى أسباب قوية وكانت قسمة المال الشائع ضارة

بمصالح الشركاء . وكذلك الحال إذا تهدم السفل . فإن لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادة بنائه ، وعلى صاحب السفل أن يقوم بالأعمال اللازمة لحفظه . وفي هذه الحالة الأخيرة نرى المالك يجبر على القيام بأعمال معينة ، وهذا هو أبلغ مظاهر التدخل في حق الملكية^(١) .

وجاء في محضر الجلسة السادسة والثلاثين من لجنة مجلس الشيوخ في خصوص المادة ٨٠٢ ملغى ، ما يأتي : « فتليت المادة ... وقام عليها اعتراض من ... من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية . وقال .. إن في هذا التعبير تصويراً للمذهب فلسفي . فرد ... على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هي المتغلبة في التقنيات الجديدة ، وهي التي تمثل الزعة الحديثة في تصور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقاً لاحد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته . ريثرتب على ذلك نتيجتان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة . فالمصلحة العامة هي التي تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هي التي تقدم بعد أن يعرض المالك تعويضاً هادلاً^(٢) . وقد قررت اللجنة على أثر ذلك الموافقة على المادة ، على أن تعود إليها للنظر في هذا التعبير الجديد .

ثم جاء في محضر الجلسة الثانية والخمسين لنفس اللجنة (لجنة مجلس شيوخ) ما يأتي : « تليت المادة ... ورأت اللجنة حذف عبارة « على أن يكون ذلك متفقاً مع مالحق الملكية من وظيفة اجتماعية . لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية . وإن في التطبيقات التي أوردها المشرع ما يغني عنها »^(٣) .

ويتبين مما نقلناه عن مجموعة الأعمال التحضيرية أن التقنين المدنى الحال قد جعل للملكية وظيفة اجتماعية تقوم بها . وقد ظهر ذلك ظهوراً واضحاً في كثير من الأحكام والتطبيقات التي أوردها بل هو قد صرح بالوظيفة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠ - ص ١٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ .

الاجتماعية التي لحق الملكية في المشروع التمهيدى ، وإذا كانت هذه العبارة الصريحة قد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، فلم يكن ذلك عدولا عما قرره المشروع التمهيدى في هذا الشأن . بل لأن اللجنة قد رأت هذا التعبير « أشكل بالإيضاحات الفقهية » . ونوهت بأن « في التطبيقات التي أوردتها المشروع ما يغنى عنها » .

على أنه إذا كان قد ورد في المناقشات والعبارات التي أوردناها في هذا الصدد أن « الملكية وظيفة اجتماعية » ، فليس المقصود من ذلك تقرير أن الملكية ليست إلا وظيفة اجتماعية . فهي وظيفة اجتماعية (fonction sociale) ، وحق ذاتى أو فردى (droit subjectif, individuel) ، في وقت معاً . وإنما أريد إبراز الوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية ، لأنها هي الشيء الجديد الذى أتى به التقنين المدنى الحالى مخالفاً في ذلك التقنين المدنى السابق^(١) . فالملكية إذن حق ذاتى ، ولها وظيفة اجتماعية^(٢) . وهذا ما نتولى بيانه في

(١) وينبه كثير من الفقهاء إلى أن الملكية ليست وظيفة اجتماعية ، بل إن لها وظيفة اجتماعية . فيقول كولان وكايتان ودى لاموراندير في هذا المعنى : « ليست الملكية وظيفة اجتماعية ، بل إن لها وظيفة اجتماعية تقوم بها » (جزء أول فقرة ٩٦١ ص ٧٧٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١ - Nerson في أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ *propriété* فقرة ٣ ص ٢٨١ - بلانيول وريبير وبلانچيه ١ فقرة ٢٧٠٥ - ريبير في اضمحلال القانون سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٢ . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور : « إلا أنه يجب ألا نذهب إلى حد القول إن الملكية أصبحت الآن وظيفة اجتماعية ، كما يقول البعض . فإذا جاز هذا التعبير في لغة المصلحين الاجتماعيين ورجال السياسة ، فيحسن تجنبه في لغة القانون ، إذ يتضمن وصف الملكية بأنها وظيفة إنكاراً لفكرة الحق ذاتها . إن مركز المالك يختلف اختلافاً جوهرياً عن مركز الموظف ، فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة ، أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريق غير مباشر . أما الموظف ، فيباشر السلطات التي تدخل في اختصاصه لحساب الجماعة ولتحقيق مصلحة الجماعة بطريق مباشر . وهذا للتعبير الصحيح أن يقال إن للملكية وظيفة اجتماعية » (منصور مصطفى منصور فقرة ٦ ص ١٤ - ص ١٥) .

(٢) ولذلك كان المشروع التمهيدى لا يذكر أن الملكية وظيفة اجتماعية ، بل يشير إلى « حق الملكية » من وظيفة اجتماعية » (انظر آنفاً ص ٥٤٦) . فملكية إذن لها جانبان ، جانب فردى وجانب اجتماعى . ولا يكتمل لنا فهم الملكية فهماً صحيحاً إلا إذا اعتبرنا كلا من الجانبين (انظر في هذا المعنى Rouast في تصور حق الملكية ، ضمن دراسات جماعة هنرى كايتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٥٥ وما بعدها) .

مبحث أول . وفي المبحث الثاني نميز بين مناطق مختلفة في حق الملكية فليست مناطق الملكية سواء فيما يقوم به هذا الحق من وظيفة اجتماعية .

المبحث الأول

الملكية حق ذاتي ولها وظيفة اجتماعية

§ ١ - الملكية حق ذاتي

٣٣٣ - الملكية من ذاتي في عناصره وخصائصه : الملكية حق ذاتي

كسائر الحقوق ، بل هي أكثر الحقوق عناصر . وأشملها خصائص .
فالملكية حق ذاتي في عناصره . وقد قدمنا أن المالك له سلطة ذاتية على الشيء الذي يملكه . وسلطته على الشيء هي أوسع السلطات . فله أن يستعمل الشيء في شؤونه الخاصة . ويستعمله على الوجه الذي يقدر أنه نافع له . وله أن يستغل الشيء لإرضاء لمصالحه الشخصية . ووفاء بحاجاته الذاتية . وله أن يتصرف في الشيء بجميع أنواع التصرفات . فله أن ينقل ملكيته إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وله أن يرتب حقوقا متنوعة على الشيء . من حق انتفاع إلى حق ارتفاق إلى حق رهن إلى غير ذلك من الحقوق . وله أن يغير من معالم الشيء ، وأن يزيد عليه ، وأن ينتقص منه . بل له أن يسهلكه وأن يتلفه وأن يعدمه . كل ذلك سعيا وراء مصالحه الشخصية ، ووفاء بحاجاته الخاصة . فالملكية إذن ، كسائر الحقوق . حق ذاتي من حيث عناصره ، بل هو أكثر الحقوق الذاتية عناصر كما سبق القول .

والملكية حق ذاتي في خصائصه . وقد قدمنا أن الملكية حق جامع ، فيجمع المالك في يده جميع السلطات على الشيء على النحو الذي رأيناه . ومن المالك تستمد كل سلطة على الشيء . وما لم يثبت أجنبي أنه استمد سلطة معينة بموجب إرادة المالك أو بموجب حكم القانون . فهذه السلطة للمالك لا لأحد غيره . وقدّمنا أن الملكية حق مانع . فيستأثر المالك بالشيء وحده . وليس لأحد أن يشاركه فيه . وهذه الذاتية في حق الملكية تعتبر من مقوماته ، وخصائصه البارزة . فإذا كان الشيء المملوك أرضا فضاء ، كان للمالك أن

يسورها وأن يمنع دخول الغير فيها . حتى لو لم يمتد من دخول الغير سرور . ولا يجوز لأحد أن يشارك المالك بغير إذنه في استعمال الشيء . أو في استغلاله ، أو في التصرف فيه (١) . والملكية جبراً حق دائم . وتتميز الملكية بالدوام عن أى حق ذاتي آخر . فكل حق - عينا كان أو شخصياً - هو حق مؤقت أو يمكن أن يكون مؤقتاً . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه يدوم مادام الشيء المملوك . وهذا وحده كاف لطبع الملكية بطابع ذاتي . إذ يستطيع المالك . ومن بعده خلفاؤه . أن يستأثروا بالشيء المملوك . ويبقون مستأثرين به ، إلى أن يهلك الشيء أو يتلف . ومن ثم كانت دعوى الاستحقاق غير قابلة للسموط بالتقادم ، وكذلك لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل . وقد سبق بيان ذلك .

٣٣٤ - الملكية من ذاتي في نطاقه : ونطاق الملكية يتسع ، حتى ليشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . وإذا كانت الملكية كما قدمنا أكثر الحقوق الذاتية عناصر وأشملها خصائص ، فهي أيضاً أوسعها نطاقاً . ولا تقتصر على هذا القدر من العلو والعمق ، بل هي أيضاً تتناول مع الشيء المملوك كل ما ينتجه هذا الشيء من ثمار ومنتجات كما سنرى . بل إن مالك الأرض يملك بالالتصاق كل ما اتصل بها من مباني وغراس . ويستأثر إلى أوسع مدى بحقه الذاتي في ملكه .

وهكذا يمتد حق المالك ، فيتناول الأرض في سطحها طولاً وعرضاً ، وفي حيزها علواً وعمقا ، ويشمل كل ما يتصل بالأرض من ملحقات ، وما تخرجه من ثمار ومنتجات . وهذا أقصى ما يصل إليه الحق في اتساع نطاقه .

٣٣٥ - الملكية من ذاتي في صميمها : ويحمي القانون المالك حماية شاملة ، فيمنع الغير من الاعتداء على ملكه . ويضع في يده سلاحاً قوياً في دعوى الاستحقاق يسترد بموجبها ملكه من تحت يد أى حائر لها . غاصبا كان أو غير غاصب .

ولا يجوز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط . أهمها أن يقوم مبرر قانوني لذلك ، وأن يعرض المالك متدماً عن ملكه . ومنسبب كل ذلك تفصيلاً فيما سيأتى .

٣٣٦ - الملكية الذاتية ثمرة العمل ومجزأته الحق : وإذا كان المالك

ستأثر بما يملكه ، ويجوز له لمصلحته الخاصة وللوفاء بواجباته الشخصية ، فما ذلك إلا لأنه في الأصل قد بذل جهوداً في العمل ، وكانت الملكية هي ثمرة هذه الجهود ، والأجر على هذا العمل . ومتى ثبتت الملكية لصاحبها ، وجب أن تثبت له بجميع عناصرها من استعمال واستغلال وتصرف ، وبجميع خصائصها فتكون جامعة مانعة دائمة .

فللمالك إذن أن يتصرف في الشيء حال حياته ، وينتقل الشيء إلى ورثته بعد وفاته . وإذا كان يبدو أن الوارث لم يبذل جهداً في تملكه للشيء الموروث ، فإن الميراث ينظر إليه لا على أنه جزاء للوارث ، بل هو جزاء للمورث . ذلك أن المورث إذا كان لم يتصرف في الشيء وهو حي وهذا حقه ، فإنه أراد بذلك أن ينتقل الشيء إلى وارثه بعد وفاته وهذا حقه أيضاً ، بل هذا هو جزأوه على عمله . ولا ضير من أن ينتقل الشيء إلى وارث قد لا يستحقه ، فإن هذا الوارث إذا كان حسن التدبير فما ورثه يكون عوناً له فلا يكون حالة على المجتمع ، وإذا كان سيئ التدبير فإنه لا يلبث أن يضيع ما ورثه . وفي بعض الحالات تكون الورثة ، وبخاصة الزوجة والأولاد ، قد ساهموا في الجهود التي بذلها المورث في الحصول على ماكه .

فالملكية الذاتية إذن هي ثمرة العمل ، وهي جزأوه الحق^(١) .

٣٣٧ - الملكية الذاتية أقوى حافز على العمل وغير ضوارة المستفاد

الشخصي : ولا يجوز الاقتصار في النظر إلى الملكية الذاتية على أنها جزاء ، فهي ، قبل أن تكون جزاء على العمل ، أقوى حافز عليه . ذلك أن الإنسان بطبعه قد ركب فيه من حب الذات ما يجعله أقوى ما يكون نشاطاً وإقبالاً على العمل عندما يعلم أن لعمله جزاء يستأثر به لنفسه ، ولا يشاركه فيه غيره . وليس الأمر هنا أمر ملوك يمدح أو يذم ، بل هو أمر الواقع المشاهد ، وليس لنا بد من استخلاص نتائجه . فالنشاط الفردي ، وهو من الأمس القوية التي

(١) انظر مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤ .

يقوم عليها المجتمع ، لا بد له من حافز ، وأقوى حافز له هي المصلحة المادية ، وأبرز صور المصلحة المادية هي الملكية الذاتية .

ثم إن الملكية الذاتية لا تقتصر على أن تكون أخرى حافز على العمل ، بل هي أيضاً خير ضمان للاستقلال الشخصي . فمن لا يملك شيئاً يفقد استقلاله ، ويكون عبداً لمن يملك . ومهمة الدولة ليست في أن تلغى الملكية الذاتية وتكون هي المالكة لكل شيء فيصبح الناس جميعاً عبيداً لها . بل مهمتها على العكس من ذلك هي أن تجعل الملكية الذاتية في متناول كل من يعمل . فتكون الملكية الذاتية أفضل جزاء على العمل ، وأقوى حافز عليه ، وخير ضمان للاستقلال والحرية (١) .

§ ٢ - للملكية وظيفة اجتماعية

٣٣٨ - الأساس الذي تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية : وإذا كان حق الملكية حقاً ذاتياً على النحو الذي بسطناه ، فإن لهذا الحق وظيفة اجتماعية يجب أن يقوم بها . وقد وقف التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ عند ذاتية حق الملكية ، وأغفل كثيراً من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التي لهذا الحق . ولكن المذاهب الاشتراكية التي بدأت تنتشر طوال القرن التاسع عشر ،

(١) وتقول الأستاذة مازو ، في هذا المعنى : « الملكية الذاتية هي التي يقوم عليها استقلال الإنسان وحرية . فمن لا يملك شيئاً لنفسه يكون تابلاً تلبية تامة للآخرين ، ويصبح من « البروليتاريا » ، مستعبداً للدولة إذا كانت الدولة هي التي تملك كل شيء ، أو مستعبداً لمن يملكون إذا كان هؤلاء هم الذين يستحوذون على الثروة . فمن الضروري إذن أن يستطيع كل فرد الحصول على مال يكون له وحده ، وشيوعية المال ، إذ تحرم الإنسان من ذلك ، تحوله إلى عبد رقيق للدولة . ومن هنا ندرك أن ديباجة الدستور الصادر في ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ (الدستور الفرنسي) تحيل على « إعلان حقوق الإنسان » الصادر في سنة ١٧٨٩ ، وهذا الإعلان يقرر حرمة الملكية الذاتية . وندرك كذلك أن « الإعلان العالمي لحقوق الإنسان » الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ يقول في المادة ١٧ منه : « كل شخص ، سواء كان وحده أو بين الجماعة ، له الحق في أن يملك ، ولا يجوز حرمان أحد من ملكه تحكماً واعتسافاً ... والملكية الذاتية هي الكفيل ، في ميدان النشاط الاقتصادي ، بأجود ما يكون من الإنتاج . ولا يجب الإنسان نشاطه كاملاً لعمل إلا ليكفل لنفسه ، وليكفل بالأخص لأولاده من بعده ، قدرأ من الثروة يكون من شأنه الارتقاء بمستوى معيشته . ولن نجد ، في أي نظام من نظم التسخير في العمل ، بديلاً من هذا الحافز للنشاط الإنساني » (مازو فقرة ٢٣٠٤ ص ١٠٦٤) .

وأخذت تنفذ إلى صميم النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية . ووصلت إلى الأوج من انتشارها في القرن العشرين . ما لبثت أن أبرزت جانب الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية . وكان ذلك بطبيعة الحال إلى جانب الجانب الذاتية في هذا الحق .

ولا شك في أن الملكية حق ذاتي وحق اجتماعي في وقت واحد . أما أنها حق ذاتي . فقد تقدم القول في ذلك ، وأما أنها حق اجتماعي فيمنهض أساساً لذلك أمران : (١) مبدأ التضامن الاجتماعي ، فإن هذا المبدأ يقضي بوجوب التعاون في المجتمع . والملكية من أهم الدعائم التي يقوم عليها هذا التعاون . فالمالك يجب أن يعتبر نفسه ، كما هو الواقع ، عضواً في المجتمع الذي يعيش فيه ، يأخذ منه ويعطيه . (٢) على أن المالك ، إذا كان قد كسب ملكه بعمله كما سبق القول ، مدين أيضاً للمجتمع بما كسب . فليس عمله وحده هو الذي أكسبه الملك ، بل إن المجتمع ساهم مساهمة ملحوظة في جهود المالك حتى يحصل هذا على ما أصبح مالكا له . ومساهمة المجتمع في جهود المالك هي على نفس مستوى مساهمة الأسرة أو لعلها تزيد ، فإذا كانت مساهمة الأسرة هي أحد مبررات الميراث ، فلا شك في أن مساهمة المجتمع تبرر هي الأخرى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية^(١) .

(١) وقد كان الأستاذ **Duguit** هو الذي صاغ نظرية الملكية كوظيفة اجتماعية في وضعها الحديث (كاربونيه ص ٨٧) . ففي كتابه في الاتجاهات العامة في القانون الخاص منذ تقنين نابليون ، قرر أن الملكية ليست حقاً بل هي وظيفة اجتماعية ، وعلى المالك أن يقوم بالوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية ، وإلا فإن القانون لا يحبه . وتشتمل وظيفة الملكية على عنصرين : العنصر الأول هو ما على المالك من واجب وماله من سلطة ، في استعمال ملكه للوفاء بحاجاته الخاصة ، فيوسع من مجالات نشاطه المادي والمعنوي . والعنصر الثاني هو ما على المالك من واجب وماله من سلطة في استعمال ملكه للوفاء بحاجات المجتمع ، فيساهم في تقدم الجماعة . انظر أيضاً في هذا الصدد محمد علي عرفة فقرة ١٥٠ ص ١٨٧ - ص ١٨٨ .

وتقول الأستاذة مازو في هذا المعنى : « إذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتياً ، فإن استعماله يجب أن يكون اجتماعياً . ومعنى ذلك أن على المالك أن يقيم في اعتباره وزناً لمصالح الغير ويستطيع المشرع أن يرغمه على أن يفعل إذا كان قد نسي . وهذا هو الذي يبرر القيود التي تحد من إطلاع حق الملكية ، ويبرر فرض الضرائب على الإيراد وعلى رأس المال . والتميز بين نصيب الجماعة يعود إليها ، وهي المساهمة الإجبارية في الأعمال التي تدخل في دائرة المصلحة العامة » (مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٥) .

ومتقتضى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية هو أن يقيد حق الملكية .
لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً للمصلحة الخاصة .

٣٣٩ — تفسير من الملكية للمصلحة العامة : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا (١) : « حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التي تقدم ، فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة . ولا يدخل هذا في وظائفها الاجتماعية » . وقد رأينا (٢) أن نطاق الملكية يتسع حتى يشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . وليس معنى ذلك أن مالك الأرض يسوغ له أن يمنع أى عمل يقام به للمصلحة العامة فوق سطح الأرض أو تحتها ، كمرور الأسلاك المعدة للمواصلات التلغرافية أو التلغونية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ومواسير المياه والغاز (انظر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩) . وبوجه عام ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض . وقد نصت النقرة الثانية من المادة ٨٠٣ مدنى على أن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا » . أما المناجم التي توجد تحت الأرض فهي مملوكة للدولة لا لصاحب الأرض ، وقد نظم أحكامها قانون خاص سيأتى بيانه .

وقد تصل المصلحة العامة في التعارض مع حق المالك إلى حد أن تلغى هذا الحق . وقد أجاز القانون فعلاً نزع الملكية للمنفعة العامة بشروط وقيود سيأتى بيانها .

كذلك قد تقتضى المصلحة العامة تأميم الملك ونقله إلى الدولة ، كما وقع ذلك في شأن البنوك وشركات التأمين والشركات الصناعية ، فلا يجوز أن يقف حق الملكية حائلاً دون ذلك .

ثم إن هناك كثيراً من القيود ترد على حق الملكية . قررتها القوانين واللوائح لمصلحة عامة اقتضتها . وقد فرضت المادة ٨٠٦ مدنى « على المالك أن يراعى في استعماله حقه ما تقتضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة

(١) انظر آفا فقرة ٣٣٢ .

(٢) انظر آفا فقرة ٣٣٤ .

العامه ومن أهم هذه القيود حقوق الارتفاق الإدارية ، كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع وهى الارتفاقات التى يتحمل بها الملاك الذين توجد أملاكهم على جانبي الطريق العام كتقرير خط التنظيم وعدم البناء من غير رخصة وهدم الأبنية المختلة أو الآيلة للسقوط ، واخترق المنعنة بتجارى المياه كحق الحكومة فى قلع الأشجار المفروسة فى الجسور وميول الترع العامة إذا كانت هذه الأشجار تعوق سير المياه فى الترع أو تعطل الملاحة فيها أو تمنع السير على جسورها . ومن هذه القيود أيضاً ما تقرر لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة ، كالقيود التى تجب مراعاتها فى إنشاء العزب والزرائب ، أو المحال العامة ، أو المحال المقلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، أو إقامة الآلات الرافعة ، أو تركيب الآلات البخارية ، أو إحداث الحفر أو البرك . ومن هذه القيود ما تقرر لمصلحة الزراعة ، كالقيود الخاصة بوقاية القطن والمحاصيل الأخرى ، ومنع زراعة القطن فى أكثر من مساحة معينة . ومنها ما تقرر للمصلحة الحربية ، كإنشاء مناطق خطر حول القلاع . ومنها ما وضع لحفظ الثروة القومية وإنمائها ، كالقيود الخاصة بالمناجم وحماية الآثار التاريخية . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية (١) .

٣٤٠ - تقييد من الملكية للمصلحة الخاصة : تقول المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى ، كما رأينا (٢) ، فى هذا الصدد : « حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذها المصلحة الخاصة هى التى تقدم ، بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً . وهنا نجد القيد الذى يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة ، بل للمصلحة الخاصة » . وهذا المظهر من تقييد حق الملكية للمصلحة الخاصة هو أبلغ مظهر لمبدأ التضامن الاجتماعى ، ولكون الملكية لها وظيفة اجتماعية يجب عليها أن تؤدىها . فالمبدأ الأساسى إذن هو أنه حيث تتعارض مصلحة المالك مع مصلحة خاصة لأجنبى ، فليس من الضرورى أن تقدم مصلحة المالك ، وقد كان من الضرورى تقديمها لو أن الملكية حق ذاتى فحسب . ولكن الملكية لها وظيفة

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٩٦ - فقرة ٤٠٠

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٢ .

اجتماعية ، وهذه الوظيفة تقضى بأنه يجب الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة الأجنبي . فإن كانت مصلحة الأجنبي أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، وجب تقديم مصلحة الأجنبي مع تعويض المالك التعويض العادل . وبذلك تكون الملكية قد أدت وظيفتها الاجتماعية على خير وجه يقتضى به التضامن الاجتماعى .

وإذا رجحت مصلحة الأجنبي على مصلحة المالك ، فأقل ما يطلب من المالك أعمال سلبية يمتنع بها عن الإضرار بالجار . وقد يجاوز الأمر الأعمال السلبية من المالك . إلى أعمال إيجابية من الجار . بل قد يصل الأمر إلى حد أن يقتضى من المالك نفسه أن يقوم بأعمال إيجابية لمصلحة الغير ، وهذه هى أبلغ مظاهر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وبها يكون التضامن الاجتماعى قد بلغ الذروة فى التقييد من سلطان المالك .

٣٤١ - أعمال سلبية من المالك : الأمثلة كثيرة على الأعمال السلبية التى تقتضى من المالك حتى يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية ، وسنعرض لها تفصيلا عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية . ونجزم هنا بإيراد بعض الأمثلة :

١ - يجب على المالك أن يمتنع عن استعمال ملكه بحيث يضر بالجار ضررا فاحشا . وإذا جاز للمالك أن يطالب من جاره أن يتحمل مضار الجوار المألوفة . فليس له أن يحمله المضار غير المألوفة للجوار . وفى هذا المعنى تقول المادة ٨٠٧ مدنى : ١ - على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف . وطبيعة العقارات . وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر . والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

٢ - ذلك الحائط أن يتصرف فى حائطه كما يشاء ، فله أن يرممه إذا احتاج إلى الترميم ، وله أن يعدل فى طريقه بنائه ، وله أن يهدمه ويعيد بناءه ، بل له أن يهدمه ويعيد بناءه . بل له أن يهدمه ثم لا يعيد بناءه . ولا يجبر على النزول

عن جزء من حائطه لجاره الملاصق . إلا في حالة خاصة نصت عليها المادة ٨١٦ مدنى . ومع ذلك إذا كان الجار يستتر بالحائط . امتنع على صاحب الحائط هدمه مختارا دون عذر قوى إن كان المدم يضر بالجدار . وتنص المادة ٨١٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ - ليس جدار أن يجبر جاره على تحويط ملكه . ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ . ٢ - ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجدار الذى يستتر ملكه بالحائط » .

٣ - فى ملكية الطبقات حيث يوجد علو ومفل ، يجوز لكل من مالك العلو والسفل أن يتصرف فى ملكه كما يشاء ، فيعدل من بنائه . ويزيد فيه أو ينقص منه ، ويعليه إذا كان يحتمل الإضرار . ومع ذلك يجب على صاحب العلو أن يمتنع عن إعلاء علوه ، إذا كان هذا الإعلاء يحمل السفلى ثقلا جسيما بحيث يضر به . وتنص المادة ٨٦١ مدنى على هذا الحكم فتقول : « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » .

٣٤٢ - أعمال إجبارية من الغير : وقد تقتضى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أن يتدخل الغير تدخلا إجباريا فى انتفاع المالك بملكه ، ليتوق ضررا أشد بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل ، على أن يعرض المالك للتعويض العادل . وقد طبق هذا المبدأ تطبيقات بعيدة المدى . نذكر منها ما يأتى :

١ - لملك المسقاة أو المصرف أن ينتفع بمسقاته أو مصرفه ، وأن يستقل بهذا الانتفاع فلا يشاركه فيه أحد . ومع ذلك يجوز للجار أن يأخذ ماء من المسقاة (حق الشرب) لرى أرضه . أو يصرف ماءه فى المصرف (حق الصرف) ، بعد أن يكون المالك قد امتوى حاجته من مسقاته أو مصرفه . وتنص المادة ٨٠٨ مدنى على هذا الحكم على الوجه الآتى : « ١ - من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصا . طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها . ٢ - ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما يحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف

تقد استوفى حاجته بها . وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشاركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنفسية مساحة أراضيهم التي تنفع منها .

٢ - مالك الأرض حر في تصرف في ملكه كما يشاء . وله أن يمنع غيره من الانتفاع بالأرض . ومع ذلك يجوز للجار أن يجبر المالك على أن تمر بأرضه المياه الكافية لرى أرض الجار البعيدة عن مورد المياه (حق المجرى) ، أو أن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من أرض الجار لتصب في أقرب مصرف عام (حق المسيل) . بشرط تعويض المالك تعويضاً عادلاً . وتنص المادة ٧٠٩ مدني على هذا الحكم بما يأتي : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لدى الأراضي البعيدة عن مورد المياه . وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي ، بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضاً عادلاً » .

٣ - لمالك الأرض أن يمنع جاره من المرور بأرضه . ومع ذلك إذا كانت أرض الجار محبوسة عن الطريق العام . فإن للجار حق المرور في أرض جاره بالاندر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف . وذلك في نظير تعويض عادل . وهذا ما يسمى بحق المرور . وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني على الوجه الآتي : « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف . إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنقطة باهظة أو مشقة كبيرة . له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقار اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت الأرض محبوسة عن الطريق العام . وذلك في نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك » .

٣٤٣ - أعمال إيجابية من المالك : وهنا تصل الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية إلى أبعد غاياتها ، فيجبر المالك على أن يقوم بأعمال إيجابية لمصاحبة الغير . ونذكر على سبيل المثال ما يأتي :

١ - في ملكية الطبقات ، يجبر صاحب السفل على أن يقوم بالأعمال والزميات اللازمة لمنع سقوط العاو . وتنص المادة ٨٥٩ مدني في هذا الصدد

على ما يأتي : ١ - على صاحب السفلى أن يقوم بالأعمال والتزميات اللازمة لمنع سقوط العلو. ٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه التزميات ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفلى ، ويجوز في كل حال للقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء التزميات العاجلة . بل يصل الأمر ، في اقتضاء أعمال إيجابية من المالك للوفاء بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، إلى حد أنه إذا انهدمت الطبقتان - العلو والسفلى معاً - أجبر صاحب السفلى على إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من بناء علوه هو أيضاً . وقد أوردت المادة ٨٦٠ مدني هذا الحكم على الوجه الآتي : ١ - إذا انهدم البناء ، وجب على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفلى ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه . ٢ - وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى أو سكنه استيفاء لحقه .

٢ - في الملكية على الشيوع ، تجبر أقلية الشركاء على الموافقة على ما تقرره الأغلبية في شأن إدارة المال الشائع . وتقول المادة ٨٢٨ مدني في هذا المعنى : ١ - ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، تحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة . فإن لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . ٢ - وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خالفاء الشركاء جميعاً ، سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً . ٣ - وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة ، دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً عنهم .

وليس الأمر مقصوراً على أعمال الإدارة المعتادة ، بل يجرى ذلك إلى ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة . تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من تغييرات أساسية وتبديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع . وتورد المادة ٨٢٩ مدني هذه الأحكام فيما يأتي :

١ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا ، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . ٣ - وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

بل إن الأمر يجاوز حدود الإدارة المعتادة وغير المعتادة ، ويصل إلى حد التصرف في المال الشائع . فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة ، تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من التصرف في المال الشائع ، إذا استندت هذه الأغلبية في قرارها إلى أسباب قوية . وتنص المادة ٨٣٢ ملني على هذا الحكم على الوجه الآتي : « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه ، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً » .

٣ - وقد جعلت التشريعات الاستثنائية الخاصة بالإيجار ، نظراً لأزمة المساكن ، للمستأجر حقوقاً واسعة لإزاء المالك ، بحيث يكاد المستأجر يصبح شريكاً للمالك في ملكه . وأجبرت المالك على قبول أنواع شتى من تدخل المستأجر ، وبخاصة في تعيين حد أقصى للأجرة ، وفي ترك المستأجر يبنى بالعين المؤجرة ، حتى بعد انقضاء مدة الإيجار ، المدة التي يراها . ويستوى في ذلك إيجار الأماكن وإيجار الأراضي الزراعية . وقد دعا ذلك الفقهاء في فرنسا ، ويشتمل القانون الفرنسي على تشريعات مماثلة ، أن يروا أن المالك قد أصبح اليوم إزاء المستأجر غير خالص الملكية ، بل هو لا يملك على داره أو أرضه إلا ما كان يسمى في العصور الوسطى بالملكية المشرفة (domaine)

(éminent) يتقاضى بموجبها أجراً زهيداً ، أما الملكية الحقيقية أو الملكية النافعة (domaines utile) فهي للمستأجر (١) .

المبحث الثاني

التمييز بين مناطق مختلفة في الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

٣٤٤ - المناطق المختلفة في الملكية وتفاوتها بالنسبة إلى الوظيفة الاجتماعية :
هنا نخرج قليلاً عن دائرة الثمانون إلى دائرة الاجتماع والاقتصاد ، ولذلك نوجز القول .

ونبدأ بملاحظة هامة . فكثيراً ما يختلط عند البحث حق الملكية في ذاته وسوء توزيع الثروة ، وهما أمران مستقلان أحدهما عن الآخر كل الاستقلال . وكثيراً ما يتخذ من سوء توزيع الثروة في المجتمع ، واستثناء طبقة قليلة العدد بالقدر الأكبر من ثروة البلاد ، حجة للتدليل على عدم مشروعية حق الملكية ، وكأن إلغاء هذا الحق هو الذي يكفل حسن توزيع الثروة . وواضح أن إلغاء حق الملكية هو إلغاء للثروة نفسها ، فلا يعود هناك محل للنظر في حسن توزيع الثروة أو في سوء توزيعها . وواضح أن حق الملكية لا يمس من عدالته أن يكون توزيع الثروة غير عادل ، فإذا ما كان توزيع الثروة غير عادل وجب عندئذ إصلاح نظام توزيع الثروة دون المساس بحق الملكية .

وعند النظر في الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، يحسن التمييز بين مناطق ثلاث : منطقة الاستهلاك ، ومنطقة الخدمات العامة ، ومنطقة الإنتاج .
ففي منطقة الاستهلاك تكاد الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تختفي ، وتكاد ملكية الاستهلاك تتمحض حقاً ذاتياً لبس المجتمع ولا للدواة شأن به ، والشأن كل الشأن هو للمالك المستهلك .

(١) انظر في هذا المعنى مارك وارينو فقرة ٣٦ ص ٤١ - مازو فقرة ١٣٠٢ ص ١٠٦٣ - وقد عرف في فرنسا ، ما عرف في مصر ، ما يسمى « غلم الرجل » ، أي منافع من المال يأخذها المستأجر لقاء تركه المكان المأجر لمن يختلف فيه ويسكن في فرنسا « pas de porte » . وهو محل معاقب عليه جنائياً في فرنسا وفي مصر ، ولكنه مع ذلك ، في فرنسا وفي مصر ، واسع الشبوع في التعامل . انظر في فرنسا مازو فقرة ١٣٠٣ ص ١٠٦٣ .

أما في منطقة الخدمات العامة . كالتعليم والصحة والمرافق العامة ، فالأمر على النقيض من ذلك . والملكية في هذه المنطقة تتميز بطابعها الاجتماعي ، وتبرز الوظيفة الاجتماعية للملكية الخدمات العامة كل البروز ، ويكون للدولة فيها الشأن الأكبر ، وننتأيم المجال الأوسع .

بقيت منطقة الإنتاج ، وهذه هي المنطقة التي يطول فيها النقاش والجدل . ومهما يكن من اختلاف الرأي في هذه المسألة الشائكة ، فلا بد من التسليم أن حق الملكية في منطقة الإنتاج لها وظيفة اجتماعية بارزة ، بل إن الوظيفة الاجتماعية ترجع الصبغة الذاتية في ملكية الإنتاج . وإذا وجب أن يكون للنشاط الفردي في الإنتاج دور هام ، فإن لنشاط الدولة دورا رئيسيا كذلك . ونتعقب هذه المناطق الثلاث ، فنقول كلمة في منطقتي الاستهلاك والخدمات العامة وهما طرفا نقيض كما قدمنا ، ثم نعرض لمنطقة الإنتاج .

§ ١ - منطقة الاستهلاك ومنطقة الخدمات العامة

٣٤٥ - **منطقة الاستهلاك** : قدمنا أن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية : في منطقة الاستهلاك ، لا تكاد تظهر . وتشمل هذه المنطقة جميع الأموال المملوكة للشخص للوفاء بحاجاته الخاصة . ويدخل في ذلك نفقات المعيشة ، وما يحتاج إليه الفرد من مأكول ومشرب ، وكسوة وملبس ، وبيت السكنى ، والأثاث والمنقولات الأخرى التي يستخدمها لاستعماله الخاص ، وما يكسبه بعمله من دخل ، وما يدبره بحسن تبصره من ادخار . والملكية هنا هي حق ذاتي ، لا يكاد يكون الوظيفة الاجتماعية شأن بها . ومن حق مالك هذه الأشياء أن يستأثر بها ، وأن يمنع عنها الاعتداء من أي جانب ، جانب الأفراد أو جانب الدولة . وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات ، وأن يستهلكها على الوجه الذي يريد ، فإن الغرض من هذه الأموال هو الاستهلاك ، وتنقل منه بعد الموت إلى ورثته .

وهذه الحقائق مسلم بها من الجميع . لا يكاد يخالف فيها أحد . وتقرها أشد المذاهب الاشتراكية تطرفا . ويدخل في ذلك المذهب الشيوعي نفسه ، ويسمى بالملكية الشخصية (propriété personnelle) . فقد نصت المادة

العاشرة من دستور الاتحاد السوفيتي الصادر في ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٦ على ما يأتي : « حق الملكية الشخصية للمواطنين ، في دخلهم وادخارهم ، وفي منزل السكني وما يتبعه من اقتصاد منزلي ، وفي الأشياء التي تفي بالحاجات المنزلية ، وفي الأشياء المخصصة للاستهلاك وللحاجات الشخصية ، وكذلك الحق في انتقال الملكية الشخصية للمواطنين عن طريق الميراث ، كل هذا يحميه القانون » (١) .

٣٤٦ — منطقة الخدمات العامة : والملكية في هذه المنطقة تتميز بأنها ليست ملكية استهلاك واستعمال شخصي كما هو الأمر في منطقة الاستهلاك ، وليست ملكية استغلال كما هو الأمر في منطقة الإنتاج ، بل هي ملكية أعدت لتوزيع الخدمات العامة على أفراد الشعب ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر. ويدخل في هذه المنطقة الصحة العامة ، والتعليم ونشر الثقافة ، والتأمينات الاجتماعية بمختلف أنواعها من تأمين من العجز والمرض والشيخوخة ، إلى تأمين من البطالة ، إلى تأمين من الإصابات ، وما إلى ذلك من أنواع التأمين. كما يدخل فيها المرافق العامة من ماء ونور وغاز وطرق ومواصلات وغير ذلك . وتنظيم الخدمات العامة وتوزيعها على الأفراد يحسن أن يكون على أساس محلي لا على أساس مركزي ، فيتولى كل إقليم الوفاء بحاجات سكانه ، وهو أبصر بها وأقدر على تنظيمها .

والملكية التي تكفل هذه الخدمات ، على خلاف ملكية الاستهلاك ، وظيفتها الاجتماعية بارزة بروزا واضحا كما سبق القول . بل إنه يحسن أن تتولى الدولة والأشخاص العامة الإقليمية أداء هذه الخدمات ، ويحل نشاطها في هذه المنطقة محل النشاط الفردي . ذلك أن النشاط الفردي لا بد له من حافظ ، وخير حافظ له هو الربح المادي . وأكثر الخدمات العامة ، إذا توخى القائمون بها حسن أدائها وعدالة توزيعها ، لا تدر ربحا بل تعود على موزعها بالخسارة .

(١) David et Hazard في القانون السوفيتي سنة ١٩٥٤ جزء ٢ ص ٥ وما بعدها —

Arminjoz, Baron Nolde et M. Wolff في القاموس المقارن جزء ٣ سنة ١٩٥٢ فقرة

٨٩٦ وفقرة ٩١٨ — أنسيكلوبيدي دالتونز ٤ لفظ Propriété فقرة ٣ .

وانظر مارتى ورينه فقرة ٣٧ ص ٤٤ .

فتعليم أفراد الشعب نفقاته باهظة . دع أنه من المرغوب فيه أن يكون التعليم مجانيا . فمن حق جميع أفراد الشعب ، الأغنياء والفقراء على السواء ، أن يتعلموا وأن يصلوا في التعليم إلى أقصى مرحلة يستطيع أن يبلغها الفرد بمواهبه العقلية . وكذلك الخدمات الصحية العامة والمستشفيات يجب أن تكون في متناول أفراد الشعب . مجازا أو بأجر زهيد . وهذا هو أيضاً شأن التأمينات الاجتماعية والمرافق العامة ، يجب أن تؤدي لجميع أفراد الشعب بأقل ما يمكن من النفقات . ومن أجل ذلك يكون من المرغوب فيه أن يحل محل النشاط الفردي في منطقة الخدمات العامة نشاط الدولة ، فهي وحدها القادرة على بذل النشاط اللازم دون معنى وراء الكسب .

وقد يكون هناك مجال محدود للنشاط الفردي ، في منطقة الخدمات العامة ، إلى جانب نشاط الدولة . فقد تؤسس مستشفيات ومدارس خاصة ، إلى جانب مستشفيات الدولة ومدارسها . ولكن الملكية في حدود هذا النشاط الفردي تكاد تكون وظيفة اجتماعية محضة . ويجب أن تبسط الدولة رقابتها على هذا النشاط حتى لا يكون الربح المادي هو رائده الأول ، بل يحسن أن يكون القائم بهذا النشاط جمعيات وهيئات خيرية تكرر جهودها لخدمة المجتمع .

§ ٢ - منطقة الإنتاج

٣٤٧ - الإنتاج بسوذه بوجه عام النشاط الفردي : وفي منطقة الإنتاج يحتدم الخلاف بين المذاهب الاشتراكية والمذاهب الفردية . ففي المذاهب الاشتراكية يجب أن تكون وسائل الإنتاج جميعها ملكا للدولة ، ويحل في منطقة الإنتاج نشاط الدولة محل النشاط الفردي .

ولما كان الإنتاج خاضعا لقوانين اقتصادية صادقة لا يمكن الإفلات منها ، فليس بمجدد إغفال هذه القوانين . ومن أهمها أن يكون للإنتاج حافز من الربح المادي ، ولا يتوافر ذلك إلا للنشاط الفردي .

لا شك في أن لنشاط الدولة مجالا واسعا للعمل في منطقة الإنتاج ، ولكن هذا المجال إنما يكون في الميادين التي لا يستطيع النشاط الفردي أن يقوم بأعبائها على وجه مرضي . فكثير من الصناعات الناشئة ، وبخاصة الصناعات الثقيلة ،

وكثير من المشروعات التي لا بد منها لقيام الاقتصاد القومي على أسس سليمة وهي غير مجزية اقتصاديا ، يرجع فيها نشاط الدولة على النشاط الفردي ، ومن الخير أن يحل فيها القطاع العام محل القطاع الخاص . ولكن يجب السبر بحذر وتبصر في تأميم هذه المشروعات ، فلا يمتد التأميم إلى المشروعات التي نجحت واستقرت بفضل النشاط الفردي .

والزراعة هي أوسع المجالات وأفسح الميادين للنشاط الفردي ، وقد دلت التجارب على أن النشاط الفردي في الزراعة يرجح كثيراً نشاط الدولة . ولا شأن لنا هنا بحسن توزيع الأرض على العاملين فيها ، فهذه مسألة عدالة اجتماعية وليست مسألة اقتصادية . والمشرع كفيل بسن القوانين التي تكفل هذه العدالة ، فيعين حداً أقصى للملكية الزراعية على الوجه الذي يراه عادلاً . ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون النشاط الفردي في الزراعة ، في أي نظام يختاره المشرع لتوزيع الأرض ، هو العامل الرئيسي في قيام الزراعة على أسس اقتصادية سليمة .

والصناعة كذلك مجال واسع للنشاط الفردي ، وقد يختلط بالنشاط الفردي هنا نشاط الدولة على الوجه الذي بيناه .

والتجارة ، وهي الوسيلة لإيصال السلعة من المنتج إلى المستهلك ، في أشد الحاجة إلى التنظيم ، ولا بد لها من حافز هو حافز الربح المادي . ولذلك يجب أن يسود فيها النشاط الفردي بوجه عام ، وقد يكمله في بعض النواحي نشاط للدولة .

٣٤٨ - مظاهر الوظيفة الاجتماعية للملكية في منطقة الإنتاج : ومهما

يقم من خلاف في ضرورة النشاط الفردي في منطقة الإنتاج ، فن المسلم به أن الملكية الفردية في هذه المنطقة لها وظيفة اجتماعية بارزة . فالمنتج المالك يجب أن يعتبر ملكيته وسيلة : لا لخدمة منفعة الشخصية فحسب ، بل هي أيضاً وسيلة لخدمة المجتمع ، والمجتمع شريك له في هذه الملكية . والدولة هي التي تمثل المجتمع ، فهي الشريكة في ملكية الإنتاج .

وتتمثل هذه الشركة بوجه خاص في أمرين : (الأمر الأول) أن يكون للدولة حق التوجيه والرقابة على النشاط الفردي في منطقة الإنتاج . فجودة الإنتاج ،

وحسن خدمته للاقتصاد القومى ، وتجنب الاستغلال وهو آفة الإنتاج الفردى ، كل هذا لابد له من رقيب . ونحيز رقيب هو الدولة . للدولة حق التخطيط للنشاط الفردى ، وقد تلجأ في بعض الحالات إلى التأميم إذا تطلب ذلك حسن نظام الاقتصاد القومى . بشرط التعويض العادل مقدما لمن تزع ملكيته . (والأمر الثانى) أن يكون للمجتمع حصة معلومة فى ملكية الإنتاج . ينتزعا منها على الخدمات العامة . وهذه الحصة هى الضرائب المختلفة التى تنفذاها الدولة من المنتجين والعاملين . على أن يكون المدول ممثلا تمثيلا صحيحا فى حكومة ديمقراطية .

٣٤٩ - العدالة الاجتماعية فى التوزيع بين رأس المال والعمل -

الملكية المروية وملكية المشروع : ويجب أن يقوم البناء الاقتصادى على أساس من العدالة فى التوزيع . فالمشروع الإنتاجى ليس ملكا خالصا لصاحبه ، بل يشترك معه فيه العاملون فى المشروع . ويجب توزيع الربح بنسبة عادلة بين المالك والعاملين ، وهذا ما يسمى بملكية المشروع ، ويقابله الملكية الفردية . فصاحب المصنع مثلا هو صاحب رأس المال ، وفى الوقت ذاته هو الذى يدير المشروع . وأرباح المصنع يجب أن توزع توزيعا عادلا بين رأس المال والعمل ، فيتقاضى صاحب المصنع من الأرباح حصة تمثل فوائد رأس المال . أما بقية الأرباح فيجب توزيعها بينه وبين مائر العاملين فى المشروع ، كل بقدر أهمية عمله . ومن ثم يكون للعاملين فى المشروع حصة فى أرباح المصنع توزع عليهم توزيعا عادلا ، وهذا إلى جانب الأجور التى يتقاضونها . ذلك لأنهم ساهموا فى الإنتاج وفى تسيير المشروع . ولأن الأرباح قد نتجت لا عن رأس المال فحسب ، بل أيضاً عن العمل . فهى أرباح ، لا للملكية رأس المال ، بل للملكية المشروع^(١) .

(١) انظر فى ملكية المشروع : Rouast و نظا ، حق الملكية ، ضمن دراسات جامعة هنرى كاييتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٥٥ وما بعدها - جزء ٢ سنة ١٩٤٦ ص ١١٨ - ص ١١٩ - Durand فى الفكرة القانونية للمشروع ، ضمن دراسات جامعة هنرى كاييتان جزء ٣ سنة ١٩٤٧ ص ٤٥ - Durand et Jaussaud فى قانون العمل جزء أول سنة ١٩٤٧ فقرة ٢٣٥ وما بعدها - Saint-Alary فى الفكرة -

الفصل الثاني

نطاق حق الملكية ووسائل حمايته

الفرع الأول

نطاق حق الملكية

٣٥٠ - **مدى من الملكية :** يملك المالك الشيء أصلاً وفرعاً . يملكه أصلاً ، فتناول الملكية الشيء ذاته أى عناصره الجوهرية ، فإذا كان الشيء أرضاً شملت الملكية سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . ويملكه فرعاً ، فتناول الملكية ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات .

المبحث الأول

شمول الملكية الشيء ذاته - الأرض وما فوقها وما تحتها

- ٣٥١ - **نص قانونى :** تنص المادة ٨٠٣ مدنى على ما يأتى :
- ١ - مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير .
- ٢ - وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، إلى الحد المفيد فى التمتع بها علواً أو عمقاً .
- ٣ - ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها^(١) .

= القانونية للمشروع الزراعى فى المحلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ١٢٦ وما بعده - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ - فترة ٩٦١ - كاريونيه ص ٨٨ - Nersoz فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Propriété فترة ٣ ص ٢٨١ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٢ من المشروع التقييدى على الوجه

الآتى : « ١ - من يملك الشيء يملك كل ما يعد بحكم العرف من عناصره الجوهرية . بحيث لا يمكن =

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كانت مسؤولة بها دون نص (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٦٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨١٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣ (٢) .

= فصله عنه دون أن يهلك أو يتغير . ٢- ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علواً أو عمقا ، غير أنه ليس لملك أن يمارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه . ٣ - يجوز بناء على نص القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها . وفي لجنة المراجعة أجريت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٨٧١ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهي « غير أنه ليس لملك أن يمارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو للعمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه » ، وذلك « لأن هذا الإيفاض لا ضرورة له وهو مفهوم من صدر الفقرة » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل ، وأصبح رقم المادة ٨٧٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الأولى عبارة « بحكم العرف » لأن العرف ليس هو المرجع الأول في تحديد العناصر الجوهرية ، بل يرجع في ذلك أولاً إلى طبيعة الأشياء ثم إلى العرف بعد ذلك . وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٨٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦ - ص ١٩) .

(١) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦ - بنى مزار ٢٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٤٥٠ ص ٩٢١ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٦٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٢ (مطابق - فيما عدا أن الفقرة الثانية تنتهي بالعبارة الآتية :
« وذلك دون الإخلال بأحكام القانون الخاص بالمهاجر والمناجم ») .

التقنين المدني العراقي م ١٠٤٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣ : تشمل ملكية الأرض ملكية ما فوق السطح وما تحته ، وعليه فإن لملك الأرض أن يضرس فيها ما يشاء من الأغراس وأن يبني ما يشاء من الأبنية ، وأن يجري فيها حفريات إلى أي عمق شاء ، وأن يستخرج من هذه الحفريات كل ما يمكن أن تنتجها ، ضمن التقيدات الناتجة عن القوانين والقرارات والأنظمة . (وأحكام التقنين اللبناني تنفق مع أحكام التقنين المصري - انظر في نطاق حق الملكية في القانون اللبناني : حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٨٩ - ص ٩٨) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن مالك الشيء يملك كل ما بعد من عناصره الجوهرية . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « فالشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجزائه المكونة له ، والجزية آتيا أن يكون الجزء مندمجا فى الكل ، بحيث لو فصل منه لهلك الشيء أو تلف أو تغيره^(١) . فإذا كان الشيء منقولاً سهل التعرف على ذاتيته وأجزائه ، فالسيارة أو الكتاب مثلاً يمكن نقله من مكان إلى آخر ، وينتقل بطبيعة الحال بجميع أجزائه ، ومن ثم يمكن تحديد هذه الأجزاء^(٢) . أما إذا كان عقاراً^(٣) ، فإن كان بناء فإن تماسك أجزاء البناء تحصر هذه الأجزاء . بقى ما إذا كان للعقار أرضاً ، وملكية الأرض - كما تناول المادة ٢/٨٠٣ ملئى مالفة الذكر - تشمل ما فوقها وما تحتها ، أى الأرض علوا وعمقا . وقد يوجد فى باطن الأرض (أى العمق) مناجم أو محاجر تحوى مواد معدنية أو خامات ، وهذه لا تكون مملوكة لصاحب الأرض بل هى ملك الدولة ، ولها أحكام خاصة تكفل ببيانها قانون المناجم والمحاجر .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الأرض علوا وعمقا . (٢) المواد المعدنية والخامات فى المناجم والمحاجر .

§ ١ - الأرض علوا وعمقا

٣٥٢ - مالك سطح الأرض يعتبر مالكا للعلو والعمق : الأصل أن من يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها (dessus) أى للعلو (hanteur) ، ولما تحتها (dessous) أى للعمق (profondeur) . وقد أكدت هذا المعنى المادة ١/٩٢٢ مدنى إذ تقوله : « كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ، ويكون مملوكا له . »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ .

(٢) دلائيل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ .

(٣) انظر فيما يعتبر أجزاء من العقار (أى عناصره الجوهرية) ، أرضا كان أو نباتا أو مباني أو منشآت : ألفا فقرة ٩ - فقرة ١١ .

ولكن هذه الفرية قابلة لإثبات العكس . فيجوز أن يقام الدليل . في مواجهة صاحب سطح الأرض . على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته . كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد حول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو حوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها (م ٩٢٢ / ٢ مدني) . وقد تقرر المادة ٨٠٣ / ٣ مدني كما رأينا أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ماتحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد أشار المشروع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ماتحتها ، ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق . ومثل التشريعات الخاصة قانون المناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض ... ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ، ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام . وما حق القرار وحق الحكم وحق التعلي إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح » (١) . وكما يجوز فصل العلو أو العمق عن السطح باتفاق ، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية ، أى بإرادة منفردة . فالفصل يكون إما بقانون أو بتصرف قانوني ، سواء كان التصرف اتفاقاً أو وصية (٢) .

والعكس غير صحيح . فلكية العلو أو العمق لا تقوم قرينة على ملكية السطح ، فمالك العلو أو العمق ، إذا ادعى ملكية السطح ، عليه هو أن يثبت ذلك (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن من المقتضى قانوناً أن كل من ملك أرضاً صار مالكا ما فوقها وما تحتها أيضاً ، إلا إذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن كل ذلك (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦) . وقضت أيضاً بأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، متى كان لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩٠) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية أن ما تحت الأرض يجوز أن يكون وحده مستقلاً محلاً للزراعة الملكية للنفقة العامة (نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٠٥) .

وعلى من يدعى أنه يملك العلو أو العمق منفصلاً عن السطح عبء إثبات ذلك في مواجهة مالك السطح (بلانويل وريبير وبيكار ٣ فترة ٢٥٣ ص ٢٥٤ - مارتى ورييه فترة ١٠٤) .

(٣) أوبري ورو ٢ فترة ١٩٢ ص ٢٦٧ - بودري وشوفو فترة ٣٣١ ص ٢٣٥ -

٣٥٣ - العلو: وملكية العلو هي التي تسمح لصاحب السطح أن يقيم فوق الأرض منشآت أو يغرس فيها أو يزرعها ، كذلك تمكن له من النور والهواء^(١) . وللمالك أن يمنع الغير من الاعتداء على علوه . فإذا امتد الشجر أو الزرع في الأرض المجاورة ، وتفرعت أغصانه حتى احتلت جزءاً من العلو المجاور ، كان للمالك هذا العلو أن يطلب من جاره قطع ما امتد من الشجر أو الزرع إلى علوه . وليس لصاحب الشجر أو الزرع أن يمتنع عن ذلك بدعوى أن هذا الامتداد لم يحدث ضرراً للجار ، فمجرد الامتداد إلى العلو يكون ضرراً كافياً^(٢) . كذلك إذا صاد الجار وهو في أرضه طيراً في أرض جاره ، كان هذا اعتداء على علو الجار^(٣) .

ولا يفهم من ذلك أنه لا يوجد حد للملكية العلو ، فقد صرحت المادة ٢/٨٠٣ مدني كما رأينا بأن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقا » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجري على الوجه الآتي : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علواً وعمقا ، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه » .

= ص ٢٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٥٤ - نقض فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ جازيت دي پاليه ١٩٤١ - ٢ - ٩٨ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتكون طبقة الهواء وهي فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذي يمكن به تملك الهواء ، وكذلك حق التعل وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧) . وللمالك أن يعلو بالبناء العدد الذي يشاء من الطبقات ، في حدود القهاتين واللوائح الخاصة بالبناء .

(٢) وقد قضى بأنه يسوغ للمالك الذي تمتد على أرضه أشجار جاره أن يلزم ذلك الجار بتقليم فروع هذه الأشجار التي تحجب عن أرضه الشمس فتسبب ضرراً لزراعته . وإذا كان الضرر ناشئاً عن امتداد جذور تلك الأشجار في أرضه ، فله أن يقطع تلك الجذور الممتدة بأرضه دون التجاء إلى الجار . أما طلب إزالة الأشجار فغير ممكن ، لأنه يحرم المالك من حرية التصرف في ملكه بما يريد ، الأمر الذي يتناقض مع حق الملك (طنطا الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥) .

(٣) نقض فرنسي جنائي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دي پاليه ١٩٥٨ - ١ - ٩٩ -

مازو فقرة ١٣٥٨ - وإذا أعل الجار حائطه بحيث أصبح الجزء العل من المثل مائلا يشغل جزءاً من علو جاره ، كان هذا اعتداء يبرر إزالة الجزء المائل من الحائط (نقض فرنسي ١٥ يوليو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٢ - بودري وشوفر فقرة ٣٣١ ص ٢٣٥) .

وقد حذفت اللجنة التشريعية لمجلس النواب العبارة الأخيرة « غير أنه ليس للمالك أن يمارس ... » ، وذلك « لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له . وهو مفهوم من صدر الفقرة » (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية « مشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أن المادة ١١٦٣ (من المشروع التمهيدى) أوردت قبدا على حق المالك فى العلو والعمق ، فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه . فإذا اضطرت مصلحة التلغرافات إلى إيصال أسلاكها فوق سطح الأرض أو شركة المياه إلى إيصال أنابيبها تحت السطح ، على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، وإلا كان المنع تعسفا فى استعمال حق الملكية » (٢) .

ويستخلص من ذلك أمران بالغا الأهمية من الناحية العملية .
 (الأمر الأول) لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التليفونية فوق أرضه ، إذا كان مرور هذه الأسلاك لا يحدث له ضررا . وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بإنشاء الخطوط الكهربائية وحمائها ، تأكيداً لهذا الحكم . على أن « كل مالك لعقار أو واطئ اليد عليه ملزم بأن يتحمل فوق العذر إذا كان مبنياً ، وفوقه أو تحته ، إذا كان أرضاً . مرور الأسلاك المعدة للتواصلات التلغرافية أو التليفونية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ، سواء كانت هذه الأسلاك مملوكة للدولة أو لإحدى السلطات العامة أو لصاحب التزام باستغلال مرفق عام مرخص له بذلك قانوناً . وهو كذلك ملزم بأن يقبل تنفيذ جميع الأعمال اللازمة لوضع هذه الأسلاك أو لصيانتها . وإذا كان بالأرض بناء . فلا يجوز وضع الأسلاك إلا فى خارج الحوائط أو الواجهات أو فوق الأسقف أو الأسطح ، وبكيفية يمكن معها الوصول إليها من الخارج أو بطريق السلم دون اختراق أجزاء العقار المخصصة للسكنى ، وبطريقة لا تعرض ملاماة الغير للخطر » . وجاء فى المادة ٢ من نفس القانون أنه « إذا لم يقبل المالك كتابة

(١) انظر آفا ص ٥٦٨ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨ .

وضع الأسلاك ، لم يجر وضعها إلا بمقتضى قرار يصدر من الوزير المختص .
ويتضمن هذا القرار وصف الأعمال التي يراد إجراؤها ، وبيان تفصيلها عن
كل أرض أو بناء يراد تنفيذ الأعمال فيه .

(والأمر الثاني) لا يجوز للمالك أن يمنع تخليق الطائرات في أثناء طيرانها
فوق أرضه ، فهي تخلق على مسافة من العلو بحيث لا تحدث له ضررا ،
وصوت أزيزها وهي طائرة في الجو لا يعتبر ضررا كافيا لطلب منعها ،
ولا تعطلت الملاحة الجوية . ولما كان الفضاء الجوي تحت سيادة الدولة ،
فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ بشأن الملاحة الجوية ينص في تلمادة
الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوي الذي يعلو
أراضيها . وتشمل كلمة (أراضي) المياه الإقليمية » . وتنص المادة الثانية
على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » . وصدر في يوم صدور هذا
القانون (٢٣ مايو سنة ١٩٣٥) مرسوم بتنظيم الملاحة الجوية ، وهو يقضى
بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضي المصرية أو أن تهبط عليها دون
أن تحصل مقدما على ترخيص بذلك من وزير المواصلات ، وتشمل كلمة
« طائرة » كل البالونات المقيدة أو الطليقة والمناطيد والطائرات والمطبات
والمحلات ، وكذلك جميع الأجهزة التي تستطيع أن ترتفع أو تسير في الهواء (١) .

(١) وذهب بعض الفقهاء إلى تقسيم الفضاء الجوي أقساما ثلاثة : القسم الأول وهو أقرب
الأقسام إلى الأرض ويكون مملوكا ملكية خاصة لصاحب الأرض ، والقسم الثاني وهو الذي يلى
القسم الأول ويكون خاضعا لسيادة الدولة ، والقسم الثالث وهو الذي يعلو القسم الثاني ويكون
حررا لا يخضع للملكية خاصة ولا لسيادة الدولة (Marignac) في مجلة القانون الدولي
العام سنة ١٩١٤ ص ٢٠٥ - Fricotelle رسالة من باريس - عكس ذلك Hamel
في حويلات القانون التجاري سنة ١٩٢٥ ص ٨) . ويصعب التسام بهذا التقسيم ، إذ أن حدود كل
قسم وأين تنتهى في الجو لا يمكن تبينها بالوضوح الذي تقتضيه تقسيم المائل بالنسبة إلى البحر .
وقد صدر في فرنسا قانون ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ ينظم الملاحة الجوية ، وقد أصبح هذا القانون بعد
ذلك في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ تقنيناً للملاحة الجوية المدنية والتجارية . ويطلق القانون حرية
الملاحة في الجو وتخليق الطائرات فوق أراضي الأفراد ، بشرط ألا يكون ذلك من شأنه تعطيل
استعمال حق الملكية . ويمكن القول : هناك حق ارتفاق على أراضي الأفراد بموجبه يكون
للطائرات حق التحليق فوق هذه الأراضي Juglart في القانون الجوي فقرة ١٥٣ وما بعدها -
بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٢) ، وإن كان حق الارتفاق يكون على عقار لمصلحة -

ولا يجوز للمالك أن يقيم في أرضه أسلاكاً أو منشآت أخرى منعداً بذلك الإضرار بالملاحة الجوية ، وإلا كان هذا تعسفاً في استعمال حق الملكية (١) .

٣٥٤ - العمق : وملكية العمق تسمح للمالك أن يحفر في أرضه حتى يضع أساس البناء الذي يقيم فوق الأرض ، وأن تمتد جنود أشجاره ، ومغروساته وزراعته إلى الأعماق التي تتطلبها . وله أن يقوم بحفريات في أرضه (٢) ، وأن يحفر مراديب تحت الأرض كما يشاء ومن حقه أن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه ، فإذا وجد غرس الجار قد امتد إلى باطن أرضه كان له أن يطلب من القضاء قطع الجنود الممتدة (٣) .

وهناك رأى يذهب إلى أنه يترتب على أن العمق مملوك لصاحب الأرض أن الكنز المدفون أو الخبوء تحت الأرض يكون ملكاً له ، وقد نصت المادة ٨٧٢ مدني في هذا الصدد على أن ١ - الكنز المدفون أو الخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز

- معار آخر . ويجب أن يكون التحليق فوق أراضي الأفراد بطريقة لا ينجم عنها خطر . وفي مرسوم المادة ٢٤ من القرار الوزاري رقم ١٥ لسنة ١٩٤٢ الصادر من وزير الحرية على أنه « لا يجوز لاية طائرة أن تطير طياراً منخفضاً أو بطريقة ينجم عنها خطر للأشخاص أو للحيوان أو للممتلكات ، أو ينجم عنها دُعر للإنسان أو دُعر أو نفور للحيوان أو الطيور في المناطق المقررة للصيد » .

(١) انظر مازو فقرة ١٣٦٠ - وانظر في التشريعات الفرنسية المختلفة التي تعرض قيوداً على ملك الأراضي من نواح متعددة مارتى ورينو فقرة ١٠١ ص ١٢٧ .
(٢) الحفريات الأثرية نظمتها القانون كما سرى .

(٣) وفي فرنسا تقضى المادة ٦٧٣ / ١ و ٢ مدني فرنسي بأن يكون للجار أن يقطع بنفسه الجنود الممتدة إلى باطن أرضه ، وهذا بخلاف ما إذا كانت أغصان الأشجار قد امتدت إلى علو الجار فلا يكون للجار في هذه الحالة قطع هذه الأغصان بنفسه بل يجب عليه أن يلجأ إلى القضاء في ذلك . والسبب في هذا التمييز ، على ما يظهر ، أن الجار يكون عرضة ، في حالة امتداد الجنود إلى باطن أرضه ، لأن يقطعها وهو يحفر في أرضه دون أن يدري ، فأراد المشرع الفرنسي أن يجنب الجار المسؤولية دون أن يكلفه بإثبات عدم علمه (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٦٦ ص ٧٧٦) . ولا محل لهذا التمييز في مصر إذ لا يوجد نص يقابل المادة ٦٧٣ / ١ و ٢ مدني فرنسي ، ففي الحالتين الجار أن يطالب بقطع الشجر ولا يقوم بقطعه بنفسه حتى له امتداد الجنود إلى باطن الأرض ، إلا إذا كان ذلك دون قصد (شفيق شحاتة فقرة ٧٤ ص ٩٩ - حسن كيرة ص ١٨٧ هامش ١ - ومع ذلك انظر طنطا الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥ ، آنفاً ص ٥٧٢ هامش ٢) .

أولمالك رقبته . ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتكون الكنوز .. وهى تحت السطح مملوكة كذلك لصاحب الأرض . وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين يقرر فى أولهما .. أن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون للمالك العقار أو للمالك رقبته » (١) .

ولا يفهم هنا أيضاً أنه لا يوجد حد للملكية العمق ، فالمالك له هذه الملكية إلى الحد المفيد فى التمتع بها . وليس له أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه ، فإذا اضطرت مصلحة المياه إلى إصصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، وإلا كان المنع تعسفاً فى استعمال حق الملكية (٢) .

وأهم قيد يرد على ملكية العمق هو القيد المستخلص من قانون المناجم والمحاجر ، وهو قانون يجعل المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر فى باطن الأرض ملكا للدولة ، لا لصاحب الأرض .

§ ٢ - المواد المعدنية والخامات فى المناجم والمحاجر

٣٥٥ - قانونه المناجم والمحاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ : أول قانون صدر فى مصر فى شأن المناجم والمحاجر كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ . ثم صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ يلغى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ ويحل محله . وأدخل بعد ذلك تعديل شامل على أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، فصدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ يلغيه ويحل محله ، فيما عدا مواد الوقود فقد فصلت عن المواد الخاصة بالمناجم ، والمحاجر وبقيت أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ سارية بالنسبة إلى مواد الوقود وحدها . واستثنيت الأملاح التبخرية من تطبيق أحكام القانون رقم ٨٦

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ - ص ١٨ - والصحيح أن ملكية الكنز تكون لصاحب الأرض بحكم القانون وحده ، كما سيجىء عند الكلام فى الاستيلاء فى الجزء السابع من الوسيط .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

لسنة ١٩٥٦ ، إذ أن هذه الأملاح لا تعتبر من مواد الثروة المعدنية لدخول حنصر الصناعة فيها ، وهذا ما نصمته فعلا القانون رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ .

فالقانون المعمول به الآن في شأن المناجم والمهاجر هو القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ . وقد نشر في الوقائع المصرية في ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ وعمل به من هذا التاريخ . وسنبين في إيجاز أحكام هذا القانون فيما يتعلق بحقوق الدولة وحقوق مالك الأرض في المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر .

٣٥٦ - المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر تعتبر من أموال

الدولة : لما كانت المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر توجد في باطن الأرض ، فقد كانت قبل صدور التشريعات المشار إليها ملكا لصاحب الأرض . ولكن لما كانت هذه المواد تعتبر من دعائم الثروة التي يقوم عليها الاقتصاد القومي في البلاد ، فقد وجب تنظيمها بقوانين خاصة توفق بقدر الإمكان ما بين حقوق مالك الأرض ومراعاة جانب الاقتصاد القومي . واستغلال المناجم والمهاجر ليس من الأمور الهينة ، ولا يستطيعه مالك الأرض منفردا ، بل لا يستطيعه ملاك الأراضي المتلاصقة إذا نقصتهم رؤوس الأموال الضخمة التي يقتضيها هذا الاستغلال والخبرة الفنية العالية التي لا تتوافر عادة إلا لدى الشركات القوية المتخصصة .

لذلك كان من أهم نصوص قانون المناجم والمهاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ النص الذي ينص باعتماد المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر ملكا للدولة ، فنزع بذلك عن أصحاب الأراضي التي يوجد في باطنها هذه المواد ملكيتهم لإياها . إذ نصت المادة ٣ من قانون المناجم والمهاجر على أن « يعتبر من أموال للدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم في الأراضي المصرية والمياه الإقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المهاجر هذا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرملية والرمال - التي توجد في المهاجر التي تثبت ملكيتها للغير » (١) .

(١) انظر في فرنسا أن الدولة لا تملك المناجم إلا من وقت إعطاء التزام بها ، وأن المناجم إل ذلك الوقت تبقى ملكا لصاحب الأرض : پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٣١ - أما في مصر فظاهر أن الدولة تملك المواد المعدنية وخامات المهاجر ، فهذه المواد والخامات تعتبر من أموال الدولة بصريح النص . ولذلك تكون عقود استغلالها من عقود التزام ، (concession) كما مر -

والمواد المعدنية هي « المعادن وخاماتها ، والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما في حكمها ، والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التي توجد على سطح الأرض أو في باطنها ، وكذلك المياه المعدنية الخارجية من باطن الأرض إذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها . ولا تدخل في ذلك الأملاح التبخرية التي تستخرج بطريق التبخير ، ويكون الترخيص باستغلالها بقرار من وزير التجارة والصناعة » (م ١ / ١ قانون المناجم والمحاجر) . ويجب التمييز بين المواد المعدنية الموجودة بالمناجم ، والمناجم ذاتها وهي باطن الأرض الذي توجد فيه هذه المواد . فالذي أصبح ملكا للدولة هي المواد المعدنية ، أما المناجم أي باطن الأرض فتظل مملوكة لصاحب الأرض على حكم الأصل إن كان للأرض صاحب ، فله أن يستعملها ويستغلها في أغراض أخرى غير استخراج المعادن

وخامات المحاجر هي « مواد البناء والرصف ، والأحجار الزخرفية ، وخامات المون ، والملاط ، والأحجار الصناعية ، والدولوميت ، ورمال الزجاج ، وما يماثلها » (م ٣ / ١ قانون المناجم والمحاجر) . ويجب التمييز هنا أيضاً بين هذه الخامات وهي وحدها التي أصبحت ملكا للدولة ، وبين المحاجر أي باطن الأرض الذي يحتوي على هذه الخامات وهذا بقى على حاله مما وكلا لصاحب الأرض إن كان لها صاحب . على أن من خامات المحاجر ما بقى هو أيضاً على حاله مملوكا لصاحب الأرض ، وهذه هي مواد البناء من الأحجار الجيرية والرملية والرمال ، كما هو صريح نص المادة الثالثة من قانون المناجم والمحاجر فيما رأيناه .

٣٥٧ - الكسف والبحث والاستغلال فيما يتعلق بالمواد المعدنية

بالتأميم - مفقود مالك الأرض : ولما كانت المواد المعدنية بالمناجم هي ملك للدولة كما قدمنا ، فقد أبيع - حتى سنة ١٩٦٣ - لمن يملك الومائل اللازمة من شركات وجمعيات ومؤسسات ودرجات وأفراد أن يكشفوا عن هذه

= الأمر في سائر الأموال العامة . وتكون علاقة الدولة بالمستغل هي علاقته بالملتزم . أما علاقة مالك الأرض بكل من الدولة والملتزم وطبيعة حقوقه وهل هي حقوق شخصية أو عينية ، وإذا كانت منهية فن أي نوع هي ، فهذا هو محل البحث فيما يلي .

المعادن . طبقا لإجراءات ووفقا لنظام رسمه قانون المناجم والمحاجر . فقد جعل هذا القانون لهذه العملية مراحل ثلاثا : الكشف والبحث والاستغلال .

(فالمرحلة الأولى) هي مرحلة الكشف : « ويراد بالكشف عن المواد المعدنية اختبار سطح الأرض أو باطنها بجميع الوسائل ، وعلى الأخص الوسائل الجيولوجية والحيوفيزيكية التي تؤدي إلى التعرف على المعادن من خواصها الطبيعية والمغناطيسية أو الكهربائية أو غيرها . أو عمل حفر اختبار أو ثقب للتحقق من وجود أو احتمال وجود مواد معدنية » (م ١/٢ قانون المناجم والمحاجر) . ولكل شركة أو هيئة أو فرد حرية الكشف عن المواد المعدنية . وتعد مصلحة المناجم والمحاجر سجلات لتبدي أسماء الكاشفين .

(والمرحلة الثانية) هي مرحلة البحث : فمن كشف عن خام من خامات المواد المعدنية عليه أن يبلغ عنه مصلحة المناجم والمحاجر ، وعلى هذه المصاحبة أن تسجل له حق الكشف . ويكون للكاشف حق الأولوية في الحصول على ترخيص في البحث عن هذا المعدن . بشرط أن يتقدم بالطالب الترخيص خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان المصاحبة عن الكشف . فإذا انقضت هذه المدة ولم يتقدم الكاشف بطلب الحصول على ترخيص في البحث : كانت الأولوية وفقا للأسبقية القيد في سجل أعد للطلبات التي ترد على مصاحبة المناجم والمحاجر للترخيص في البحث عن المواد المعدنية^(١) . ويشترط لمنح ترخيص في البحث أن تتوافر لدى الطالب الكفاية الفنية اللازمة لهذا الغرض . وأن يلتزم بإنفاق ما تستلزمه أعمال البحث على الوجه الذي توافق عليه مصلحة المناجم والمحاجر . ويصدر الترخيص من وزير الصناعة ، طبقا لأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب . ويجوز تجديدها بشرط ألا تزيد المدة أصلا وتجديدا على أربع سنوات . ويحصل من كل ترخيص في البحث إيجار سنوي بواقع خمسة وعشرين جنبا عن كل كيلو مترين مربعين من مساحة البحث . ويعتبر كل جزء من هذه الوحدات وحدة كاملة .

(١) وتكون الأولوية للمصرى على الأجنبي في الحصول على تراخيص البحث ، إذا لم ينسحب عليه الأولوية على هذا الوجه . كما تكون للمصرى الأولوية في الحصول على عقود الاستغلال عن طريق المزايدة ، إذا تساوت العروض . وعلى الأجنبي الذي منح ترخيصا في البحث ، أو أبرم معه عقد استغلال ، أن يتخذ له في جمهورية مصر موطأ ، وأن يحتفظ في هذا الموطأ بالدفاتر والمستندات الخاصة بأعمال البحث والاستغلال .

(والمرحلة الثالثة) هي مرحلة الاستغلال : ويكون للمرخص له في البحث في أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال عن كل المساحة المرخص له في البحث فيها أو في بعضها ، ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة . ويشترط لإصدار عقد استغلال معدن ما في مساحة معينة أن يسبقه ترخيص في البحث عن ذلك المعدن في تلك المساحة وأن يثبت المرخص له في البحث وجود الخام الممكن تشغيله^(١) . ويصدر عقد الاستغلال مطابقاً للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب بحيث لا تتجاوز ثلاثين عاماً ، ويجدد العقد للمدة التي يحددها المستغل بشرط ألا تتجاوز مدة ثلاثين عاماً أخرى . ويجوز بالاتفاق بين الوزارة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك بالشروط التي يتفق عليها ، وفي هذه الحالة يكون التجديد بقانون . ويجوز إلغاء العقد إذا أوقف الاستغلال لمدة ثلاث سنوات متتالية على الأقل ولم يقم المستغل من جانبه بالتغلب على الأسباب التي يحصل بمقتضاها على إعفائه من التزامات التشغيل ، أو إذا أوقف الاستغلال دون الحصول على هذا الإعفاء كتابة . وذلك بناء على اقتراح مصلحة المناجم والمحاجر وموافقة وزير الصناعة^(٢) . ويؤدي المستغل ، علاوة على حصة الحكومة في الاستغلال ، إلى مصلحة المناجم والمحاجر مقدماً كل سنة

(١) واستثناء من هذه الأحكام يجوز إصدار عقد الاستغلال ، دون ترخيص سابق في البحث ، في المساحات التي يتبين لمصلحة المناجم والمحاجر وجود المعدن فيها بكميات تسمح باستغلاله . وتدرج مصلحة المناجم والمحاجر في سجل خاص كل ما هو معروف لها من هذه المساحات ، ويباح الاطلاع على هذا السجل في كل وقت . وي طرح في مزادة عامة ما ترى المصلحة طرحه منها وما يقدم عنه طلبات للاستغلال ، وفي هذه الحالة تحصل المزايدة خلال ستة أشهر من تاريخ الطلب ، فإذا لم يتقدم أحد للمزايدة منح عقد الاستغلال للأسبق من مقدمي الطلبات .

(٢) والمستغل أو لصاحب حق الاستغلال أن يطلب من وزير الصناعة ترخيصاً أو أكثر ، على سبيل الحماية ، طبقاً للأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، عن مساحة ملاصقة للمساحة التي يستغلها أو يطلب استغلالها ، بشرط ألا يزيد مجموع مساحة الحماية على مساحة الاستغلال وأن تكون مساحة الحماية المطلوبة خالية من أي حق للغير عليها . وتكون تراخيص الحماية للمدة التي يحددها الطالب ، بحيث لا تتجاوز مدة الاستغلال ، ويؤدي المرخص له إيجاراً سنوياً عن مساحة الحماية بواقع عشرة في المائة الإيجار المقرر لمساحة الاستغلال . ويجوز ترخيص الحماية المرخص له حق للقيام بأعمال البحث ، وله في أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال في مساحة الحماية كلها أو بعضها .

بصفة إيجار من كل هكتار أو جزء من الهكتار من مساحة الاستغلال مبلغ خمسة جنيهات على ألا يقل الإيجار عن أربعين جنيهاً في السنة^(١).

وقد احتفظ قانون المناجم والمهاجر بحقوق لملك الأرض التي توجد المناجم في باطنها . إن وجد . فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعنى مالك السطح الذى يبلغ عن وجود خامات معدنية في أرضه من قيد اسمه في سجل الكاشفين المشار إليه في المادة ٧ . ويكون له حق الأولوية على الغير في البحث والاستغلال متى طلب ذلك . ويتمنح ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايدة . ويعنى في حالة البحث أو الاستغلال من الإيجار المنصوص عليه في المادتين ١١ و ٢١ إذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه . ويسقط حق مالك السطح في البحث أو الاستغلال . إذا أخطرته مصلحة المناجم والمهاجر بكتاب موصى عليه مع علم الوصول بوجوب طلب الترخيص في البحث أو عقد الاستغلال خلال ثلاثة أشهر وانقضى هذا الميعاد دون أن يتقدم بالطلب . وفي حالة الترخيص في الاستغلال للغير . يكون لملك السطح الحق في نصف الإيجار من مصلحة المناجم والمهاجر » . ويتبين من ذلك أن مالك الأرض له الأولوية في البحث عن المواد المعدنية في أرضه وفي استغلالها . ولا يؤدى إيجاراً إلا عن البحث ولا عن الاستغلال . وله أن يستعمل حق الأولوية هذا في خلال ثلاثة أشهر من وقت إخطاره باستعماله . وإذا منح الترخيص في الاستغلال للغير . كان لملك الأرض الحصول على نصف الإيجار الذى يدفعه المستغل^(٢) . وقضت كذلك المادة ٢٣ من قانون المناجم والمهاجر بأن على من يقوم بأعمال الكشف . وعلى المرخص له في البحث في أرض الغير . أن تمتنع عن أى عمل من شأنه الإضرار بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه . فإذا ترتب على عمله أى ضرر بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم بالتعويض . وتتولى تقدير التعويض . بناء على طلب صاحب الشأن . لجنة تشكل بقرار من وزير الصناعة . وتمثل فيها مصلحة

(١) انظر في حق المستغل في فرنسا دو حق عيني قائم بذاته . وليس حقاً شخصياً أو حق ملكية . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٣٤ ص ٥٣٨ .

(٢) وفي فرنسا مالك الأرض الحق في جمع (redevance trefoncière) يخدده مرسوم الاذترام (decret de concession) . انظر مبعته وأنه إيراد دائم : بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٥٤٤ - و انظر أيضاً ص ٥٧٧ هامش ١ .

المناجم والمحاجر وغرفة المناجم والمحاجر والبترول الصناعية والجهات الحكومية المختصة . وتجوز المعارضة في قرار اللجنة ، طبقاً للأوضاع المقررة في القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين .

٣٥٨ - تراخيص استغلال المحاجر - مفروض مالك الأرضه : تكون الأولوية في الحصول على تراخيص استغلال المحاجر لمن سبق إلى تقديم طلب بذلك^(١) . ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة ، مطابقاً للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب بشرط ألا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاثين . ويجوز تجديد العقد مرتين ، بحيث لا يتجاوز المدة في كل مرة خمس عشرة سنة . ويجوز بالاتفاق بين وزارة الصناعة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك لمدة أخرى وبالشروط التي يتفق عليها ، وفي هذه الحالة يكون التجديد بقانون . ويجوز إلغاء العقد ، إذا أوقف العمل في المحجر مدة تزيد على تسعين يوماً دون إذن كتابي من مصلحة المناجم والمحاجر . وتؤدي إتاوة ، أدناها عشرون ملياً وأقصاها ستمائة مليم عن كل متر مكعب من الأحجار ، في نهاية كل ستة أشهر مباشرة (انظر م ٢٧ من قانون المناجم والمحاجر)^(٢) . ويؤدي المرخص له مقدماً لإيجاراً سنوياً تحدده لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الصناعة . وفي حالة عدم قبول المرخص له الإيجار المحدد بطرح استغلال المحجر في مزايده عامة على أساس الإيجار الذي حددته اللجنة . وللجنة أن تقرر الاكتفاء بالإيجار دون الإتاوة عن كل محجر ترى أن حالته تستوجب ذلك ، كما لها أن تخفض الإيجار إذا رأت ما يسوغ ذلك . أما المحاجر التي تقرر عليها إتاوة وإيجار ، فيحصل عنها أكبر القيمتين . ويجوز للجنة أن تعيد النظر تقدير الإيجار في أثناء سريان مدة العقد بالنسبة إلى

(١) وتكون الأولوية للمصري على الأجنبي إذا لم يتيسر تحديد الأولوية على هذا النحو ، كما تكون للمصري الأولوية في الحصول على هذه التراخيص عن طريق المزايدة إذا تساوت العروض .
 (٢) وقد كانت هناك إتاوة مفروضة على استغلال المواد المستخرجة من المناجم ، ولكنها ألغيت بالقانون الأخير للمناجم والمحاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) ، إلا فيما يتعلق بخامات الوقود التي بقيت محكومة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، « وذلك اكتفاء بالضرية المقررة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩ والقوانين المعدلة له ، وقد تقرر هذا الإلغاء جرياً على سياسة تشجيع صناعة التعدين في مصر » (المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) .

تعود التي مدتها عشر سنوات على الأقل . إذا رأت المصلحة ذلك أو بناء على طلب المرخص له ، وبشرط إبداء أسباب جدية . وبعد انقضاء خمس سنوات على الأقل على تقدير اللجنة السابق^(١) . وإذا لم يتم المرخص له بنقل الكميات التي استخرجها من الحجر حتى نهاية مدة العقد . آلت ملكية المواد الباقية إلى الحكومة ، ما لم يقدم المرخص له خلال الخمسة عشر يوما السابقة على تاريخ انتهاء العقد طلبا لحفظ حقه في نقل هذه المواد في المدة التي تحددها له المصلحة . وبشرط أداء مبلغ يوازي مثل الإتاوة المقررة عن تلك المواد .

أما الحقوق التي احتفظ بها القانون (م ٣٢ قانون المناجم والمحاجر) للمالك الأرض التي يوجد بها الحجر إن وجد . فهي الترخيص لهذا المالك في أن يستخرج من الحجر ما يحتاج إليه من مواد البناء بقصد استعماله الخاص دون استغلالها . مع إعفائه من الإيجار والإتاوة^(٢) . ويكون للمالك الأولوية على الغير في الحصول على الترخيص في الاستغلال من الأرض المملوكة له . وفي هذه الحالة يعني من الإيجار دون الإتاوة . ويسقط حقه إذا بلغ بوجوب أن يطلب الترخيص خلال شهرين وانقضى الميعاد دون طلب . وفي هذه الحالة يجوز

(١) انظر م ٢٨ من قانون المناجم والمحاجر . وتنص المادة ٣٠ من هذا القانون على أنه « في عقود استغلال حجر التي تبرم مدة ستة يجوز للمستغل . قبل انتهاء هذه المدة وبعد انقضاء مدة لا تقل عن ستة شهور من تاريخ ابتداء العقد أو تجديده . أن يستبدل بالحجر محجرا آخر من نوعه في المنطقة ذاتها ، بالشروط المنصوص عليها في العقد ولمدة الباقية منه ، إذا ثبت للمصلحة ما يبرر هذا الاستبدال . وشرط أن يقوم طالب الاستبدال بأداء كل ما هو مستحق عليه من إتاوات عن المواد التي استخرجها من الحجر المراد استبداله قبل استلام الحجر الجديد . ويكون الاستبدال مرة واحدة فقط . ويجوز لإيجار الحجر الجديد على الوجه المبين في المادة ٢٨ . فإذا زاد هذا الإيجار على الإيجار القديم التزم المستغل بأداء الفرق بين القيمتين في الأجل الذي تحدده المصلحة ، وإلا سقط حقه في الاستبدال . وإذا قل الإيجار الجديد عن القديم ، فليس له المطالبة بالفرق » .

(٢) يبدو أن المقصود بمواد البناء هنا المواد غير التي استثنيت في المادة ٣ من قانون المناجم والمحاجر . أو غير الأحجار الجيرية والرملية والرمال ، إذ أن هذه المواد الأخيرة تعتبر ملكا لسحب الأرض كما سبق القول (انظر آنفا فقرة ٣٥٦) . فلا يسر لإعفائه من الإيجار والإتاوة على شيء هو مملوك له . وإنما يعني من الإيجار والإتاوة فيما هو غير مملوك له من مواد البناء والرصف والأحجار الزخرفية وخامات المون إلخ . (انظر المادة ٣/١ من قانون المناجم والمحاجر) -
قارن إسماعيل غانم فقرة ٣٣ ص ٦٧ هامش ١ .

للترخيص لغير في استغلال المحجر . ويكون لصاحب الأرض الحق في الحصول على نصف الإيجار .

٣٥٩ - أمطام مشتركة للمناجم والمهاجر : تنص المادة ٥٠ من قانون المناجم على أنه « يجوز أن يرخص بقانون لوزير التجارة والصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمهاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة بشروط خاصة استثناء من أحكام هذا القانون ، وتحدد هذه الشروط في القانون الصادر بالترخيص » .

وتنص المادة ٣٦ على أن « ترخص مصلحة المناجم والمهاجر ، لأغراض تشغيل المناجم والمهاجر . بإنشاء الطرق العامة ، أو مد خطوط السكك الحديدية أو خطوط الأسلاك الهوائية والكهربائية والتلفونات ، أو بإنشاء المطارات أو خطوط الأنابيب أو المراسي وما يتبعها كأحواض التشوين وغيرها ، وذلك بالاتفاق مع المصالح المختلفة . وما يلزم من الأراضي غير المملوكة للحكومة لهذه الأعمال تنزع ملكيته ، طبقاً لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه (قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وللتحسين) . وتعتبر الأراضي اللازمة لهذه الأغراض من الأموال العامة » .

وتنص المادة ٥ على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام المادة ١١٤٥ من القانون المدني (امتياز بائع المنقول) لا يجوز الحجز على الآلات ووسائل النقل والجر وغيرها المحصنة لاستغلال المناجم والمهاجر ، مادام هذا التخصيص قائماً » .

٣٦٠ - القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ : وقد صدر أخيراً القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ ، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد الصادر في ١٨ أغسطس سنة ١٩٦٣ . ويقضى في أهم أحكامه بما يأتي :

- م ١ - تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم ، وكذلك عقود استغلال الحبس والرمال البيضاء ، الممنوحة للأفراد أو شركات القطاع الخاص
- م ٢ - تؤمم الأصول المستخدمة في الاستغلال ، وتؤول ملكيتها إلى الدولة
- م ٢ - يرخص لوزير الصناعة في إسناد استغلال المناجم والمهاجر المشار إليها إلى شركات القطاع العام .

ويتبين من هذه الأحكام أنه فيما يتعلق بالمناجم لم بعد اشركات القطاع الخاص . مصرية كانت أو أجنبية . ولا للأفراد المصريين أو الأجانب . الحق في الحصول على ترخيص في البحث أو في عقد للاستغلال . ولا يجوز لغير شركات القطاع العام الحصول على شيء من ذلك . وهذا هو الحكم أيضا فيما يتعلق بالمحاجر في شأن استغلال الجبس والرمال البيضاء . أما في شأن الخامات الأخرى للمحاجر غير الجبس الرمال البيضاء فلا يزال جائزا منح عقود استغلال للأفراد ولشركات القطاع الخاص . ولكن يبدو أن المادة ٥٠ من قانون المناجم والمحاجر ، وهي التي تقضى بجواز الترخيص بقانون لوزير الصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة ، ولو كانت تابعة للقطاع الخاص أو كانت أجنبية : بشروط خاصة ، لا يزال معمولاً بها^(١) .

المبحث الثاني

امتداد الملكية إلى الملحقات والثمار والمنتجات

٣٦١ - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٤ مدني على ما يأتي :

« لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته . ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك^(٢) . »

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨/١١^(٣) .

(١) انظر آنفا فقرة ٣٥٩ - ويلاحظ أن الواجب صدور قانون في الأحوال المذكورة في المادة ٥٠ المشار إليها ، فيعتبر هذا القانون استثناء من أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٢ في المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٧١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٤ (جموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠ - ص ٢١) .

(٣) التقنين المدني السابق م ٢٨/١١ : الملكية هي الحق لمالك في الانتفاع بما يملكه ، والتصرف فيه بطريقة مطلقة ، ويكون بها لمالك الحق في جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية أو عارضية ، وفي كافة ما هو تابع له : (ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨١٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٤٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢^(١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن الملكية لا تقتصر فحسب على الشيء ذاته . بل هي تمتد أيضاً إلى ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه . فتمتد إلى الملحقات (accessoires) والثمار (fruits) والمنتجات (produits) .

٣٦٢ - الملحقات : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

« تشمل الملكية . عدا الشيء المملوك نفسه بكامل أجزائه ، ما يتفرع عن الشيء وهو أنواع ثلاثة : (أ) الملحقات (accessoires) . وهي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء ، طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ، كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص . (ب) ... (ج) ... وهذا كله ما لم يوجد اتفاق مخالف . فقد يتفق المتعاقدان على أن ملكية الشيء تفصل عن ملكية ملحقاته أو منتجاته . أو يوجد نص في القانون يقضي بغير ما تقدم كالنص الذي يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك »^(٢) .

وتوجد نصوص متناثرة في التقنين المدني تبين في أماكن مختلفة ما هو المقصود بالملحقات . نذكر منها النصين الآتيين :

(أولاً) نص المادة ١٠٣٦ مدني المتعلق بالرهن الرسمي ، ويقضي بأن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً . وتشمل بوجه

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

«التقنين المدني السوري م ٧٧٠ (مطابق) .

«التقنين المدني الليبي م ٨١٣ (مطابق) .

«التقنين المدني العراقي م ١٠٤٨ : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً

فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً ، فينتفع بالعين المملوكة وبفاتها وثمارها ونتائجها ، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

«قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢ : إن ملكية عقاراً تحول صاحبها الحق في جميع ما ينتجه

العقار . وفيما يتحد به عرضاً ، سواء أكان ذلك الاتحاد أو الإنتاج طبيعياً أو اصطناعياً . (وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٢٠ - ص ٢١ .

خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالنخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ...» .

(ثانياً) نص المادة ٤٣٢ مدني المتعلق بالبيع ، ويقضي بأن « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تنقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

وقد سبق أن بينا ، عند الكلام في البيع^(١) ، الفرق بين أصل الشيء وملحقاته . فالشيء يشتمل على أجزائه . وهذه ليست من الملحقات بل هي الأصل . وأجزاء الدار - التي هي الأصل - تشتمل على الأرض والبناء القائم والسلم والردهات والخديقة إن وجدت . ونماء الشيء يدخل في أصله لا في ملحقاته . فنماء الحيوان أي كبره ما بين البيع والتسليم داخل في أصله . أما ملحقات الشيء فهي شيء غير الأصل والنماء . لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته . وهي ليست متولدة من الأصل كما تتولد الثمار والمنتجات ، بل هي شيء مستقل عن الأصل غير متولد عنه . ولكنه أعد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل وملحقاً به . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه ، فلها لا تعتبر من الملحقات . وكون الشيء يعتبر من ملحقات شيء آخر أو لا يعتبر يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات . أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المشاغل والنشاط من الملحقات . وقد يوجد اتفاق - أو تصرف قانوني كوصية - باعتبار شيء من الملحقات ، فعندئذ يجب اعتباره كذلك .

وكذلك سبق أن أوردنا . عند الكلام في البيع^(٢) ، تطبيقات مختلفة لما يعتبر من الملحقات . فإذا كان الشيء أرضاً زراعية . دخل في الملحقات حقوق الارتفاق . والمواشي والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالنخصيص . وكذلك المخازن ووزاري المواشي وبيوت الفلاحين . وإذا كان الشيء داراً ، ألحق بها الأفران المثبتة في المطابخ والبنواري المثبتة في الحمامات

(١) الوسيط : ٤ فقرة ٣٠٢ .

(٢) الوسيط : ٤ فقرة ٣٠٣ .

وأجهزة الإضاءة والتسخين وتكييف الهواء وما إلى ذلك . أما الأبواب والشبابيك والشرفات والمصاعد ، فهذه تعتبر أجزاء من الدار لا ملحقات لها (١) . وإذا كان الشيء مصنعا ، دخل في ملحقاته المخازن التي تودع فيها المصنوعات ، والمنازل التي أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . وإذا كان الشيء حيوانا ، دخل في ملحقاته الصوف الشعر ولو كان هيا للجزر ، أما نتاج الحيوان فيعد من المنتجات لا من الملحقات . وإذا كان الشيء سيارة ، فإن عجلاتها وأجهزة الإدارة فيها تعتبر من أجزائها فهي أصل ، أما العدد والآلات المعدة لإصلاح السيارة ولتسييرها ، وكذلك الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها . وإذا كان الشيء أسهما ومستندات ، فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) تعتبر من الثمرات لا من الملحقات ، وإذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءا من السند ، أو هي في القليل من منتجاته . وإذا كان الشيء منقولا آخر ، دخل في ملحقاته الصندوق الذي يحتويه إن وجد ومستند ملكيته .

٣٦٣ — الثمار : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : (ج) الثمرات (fruits) وهي كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة . وقد تكون الغلة طبيعية (naturel) كالزروع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه ، أو صناعية (industriel) كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والإنسان ، أو مدنية (civil) كأجرة الأراضي والمساكن (٢) .

والذي يميز الثمار أمران : (١) أنها غلة دورية متجددة ، أي أنها تتجدد عادة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان . وهي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، أنواع ثلاثة : (١) ثمار طبيعية وهي من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان فيها ، كالكلأ والأعشاب التي تنبت في الأرض دون عمل الإنسان . ومن الفقهاء من يعتبر نتاج الحيوان . لا مر

(١) انظر في أجزاء البناء المكلفة له آتفا فقرة ١١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١

المنتجات . بل من الثمار الطبيعية^(١) . (٢) ثمار صناعية : وهي التي ينتجها عمل الإنسان . كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة لقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دودة القز . (٣) ثمار مدنية . وهي الربيع . دورى المتجدد الذي يقبضه المالك من استثماره للشيء ، أى يقبضه من الغير لقاء نقل منفعة الشيء إلى هذا الغير ، وذلك كأجر المساكن والأراضي الزراعية^(٢) . وفوائد الأسهم والسندات وروؤوس الأموال بوجه عام . وما تدفعه مصلحة المناجم والمحاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر .

والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشيء . إلا إذا نص القانون على غير ذلك . كما نص على جعل الثمار للحائز حسن النية .

٣٦٤ - المنتجات : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

(ب) المنتجات (produits) . وهي كل ما يخرج الشيء من ثمرات غير متجددة ، كما هو الأمر في المناجم والمحاجر^(٣) .

وتتميز المنتجات بعكس ما تتميز به الثمار : (١) فهي غير دورية ولا متجددة بل تخرج من الشيء في أوقات متقطعة غير منتظمة . (٢) وهي تمس أصل الشيء وتنتقص منه ، فالمعادن التي تخرج من المناجم ، والأحجار التي تخرج من المحاجر ، تنتهى بعد وقت طويل أو قصير إلى أن تنفذ . ومن ثم كانت هذه المعادن والأحجار منتجات لا ثمارا^(٤) . وتعتبر أقساط الإيراد

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٥ - كولان وكايتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ٣٥ ص ٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ١٠١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢١٥ ص ٢٨٤ - وانظر م ٥٨٣ مدني فرنسي .

(٢) أما نصيب صاحب الأرض في المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (ديرانتون ٤ فقرة ٥٣٢ - توليه ٣ فقرة ٤٠٠ - ديمو لومب ١٠ فقرة ٣٨٦ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ هامش ٢٤) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١ .

(٤) على أنه إذا أعد الشيء إعدادا خاصا من شأنه تمكين المالك من الحصول على إيراد دورى متجدد ، فإن ما ينتج من الشيء في هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ، ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بجوهر الشيء . (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ - بيدان ٤ فقرة ٣٢٠ كولان وكايتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤) . من -

المرتب لدى الحياة من المنتجات لا من الثمار . لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفذ بموت صاحب الإيراد . وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة . أما أقساط الإيراد الدائم . فهذه ثمار لا منتجات . لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل . شأنها في ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . وفي رأينا أن إنتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار . لأنها إذا كانت لا تنتقص من الأصل إلا أنها غير دورية (١) .

والتمييز بين الثمار والمنتجات على النحو الذي بيناه ليست له أهمية عملية بالنسبة إلى مالك الشيء نفسه . فهذا يملك الثمار والمنتجات دون أى تمييز . وإنما تظهر الأهمية العملية للتمييز إذا انتقل الشيء إلى يد غير المالك . ويقع ذلك في فرضين : (أولاً) إذا انتقل الشيء إلى يد حائز . فإن الحائز إذا كان حسن النية يكسب الثمار دون المنتجات . وإذا كان سيئ النية لم يكسب هذه ولا تلك . وتنص المادة ٩٧٨ مدني في هذا المعنى على أن « ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية . ٢ - والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها . أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً » . ثم تنص المادة ٩٧٩ مدني على أن « يكون الحائز سيئ النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار » . (ثانياً) إذا انتقل الشيء إلى يد منتفع (usufruitier) ، فإن المنتفع يكون من حقه ثمار الشيء دون منتجاته . وقد نصت المادة ٩٨٧ مدني في هذا المعنى على أن « تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه . مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدني على ما يأتي : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع

= ذلك إبعاد الأرض لقطع ما في جوفها من أحجار ، أو إبعاد الغابة لقطع ما بها من أشجار ، بدعة دورية . فإذا تقرر لشخص حق انتفاع على الأرض أو الغابة بعد أن أعدت ذلك الإعداد ، كان المنتفع أن يقطع الأحجار أو الأشجار بوصفها ثماراً بموجب حقه في الاستغلال . أما إذا لم تكن الأحجار أو الأشجار قد أعدت للقطع قبل نشوء حق الانتفاع ، فإنها تعتبر منتجات ، فيكون قطعها تصرفاً لا استغلالاً ، فلا يجوز لغير المالك القيام به (إسماعيل خانم فقرة ٣٥ ص ٧٠) (١) فإذن رأياً آخر في أنها من الثمار الطبيعية لا من المنتجات آنفاً فقرة ٣٦٣

بزرع قائم . تروكت الأرض للمنضع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمر^(١) .

الفرع الثاني

وسائل حماية حق الملكية

٣٦٥ - دعوى الاستحقاق وعدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها
الإبشروط : تتمثل وسائل حماية حق الملكية في أمرين : (١) تفتقر بحق الملكية دعوى نخبه ، وهذه هى دعوى الاستحقاق . (٢) لا يجوز أن يحرم أحد ملكه ولا يجوز نزع ملكيته جبراً عنه إلا بشروط .

المبحث الأول

دعوى الاستحقاق

(L'action en revendication)

٣٦٦ - دعوى الاستحقاق بوجه عام وسائل إثبات :- تلقى نظرة عامة على دعوى الاستحقاق ، ولما كان أبرز مسألة هذه الدعوى هى مسألة إثبات الملكية فنفرد هذه المسألة ببحث خاص .

١ - دعوى الاستحقاق بوجه عام

٣٦٧ - قول دعوى الاستحقاق : دعوى الاستحقاق هى التى يكون محلها المطالبة بملكية الشيء ، عقاراً كان أو منقولاً . فهى إذن الدعوى التى تقوم لحماية الملكية . وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير^(٢) .

(١) انظر فى ذلك بلانيول ورايبر وبيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٦

(٢) وقد يطالب الشخص بإثبات ملكيته لشيء ، لا فى دعوى الاستحقاق فحسب ، بل فى أحوال أخرى ، كما إذا أمارت الشيء تلف وعند ذلك يكلف من يطلب التعويض بإثبات ملكيته هذا -

وهي لا تطلق إلا على الدعوى العينية التي يطالب فيها بالملك . فهي إذن لا تطلق على الدعاوى الشخصية التي يطلب فيها المدعى رد الشيء إليه . فالموثر إذا رفع دعوى على المستأجر برد العين المؤجرة ، والمعبر إذا رفع دعوى على المستعير برد الشيء المعار ، والمودع إذا رفع دعوى على المودع عنده برد الشيء المودع ، والمشتري إذا رفع دعوى على البائع بمسليم الشيء المبيع ، والراهن حيازة إذا رفع دعوى على الدائن المرتهن برد العين المرهونة ، كل هؤلاء لا يرفعون دعاوى استحقاق ، وإنما يرفعون دعاوى شخصية قائمة على التزامات نشأت من عقود الإيجار والعارية والوديعة والبيع ورهن الحيازة . فليسوا إذن في حاجة إلى إثبات الملكية ، بل كل ما يطلب منهم هو إثبات العقد الذي أنشأ التزاما برد الشيء^(١) . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى برد الحيازة لا الملك ، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى حيازة لا دعوى استحقاق . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى بحق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى الإقرار ، بحق عيني (action confessoire) ، وإذا رفعها المالك على من يتمسك بحق عيني على ملكه تكون دعوى الإنكار لحق عيني (action négatoire) وهي في

= الشيء ، وكما إذا نزع ملكية عقار للمنفعة العامة فيكلف من يدعى ملكية هذا العقار ليقاضي التعويض عنه بإثبات ملكيته له (كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٣٠٧) .

(١) كذلك دعوى فسخ البيع واسترداد المبيع ، أو دعوى الرجوع في الهبة واسترداد الشيء الموهوب ، ليست بدعوى استحقاق ، لأنها دعوى شخصية لا دعوى عينية ، وكل من المشتري والموهوب له يرد الشيء ، بعد فسخ البيع أو الرجوع في الهبة ، بناء على التزام شخصي في ذاته هو رد غير المنتحق .

وهناك فروق بين دعوى الاستحقاق ودعاوى الاسترداد ، منها : (أ) دعوى الاستحقاق تدفع ضد حائز الشيء ، أما دعاوى الاسترداد فتدفع ضد مدين بالذات . (ب) دعوى الاستحقاق لا يكون محلها إلا شيئا ماديا معين بالذات ، أما دعاوى الاسترداد فيمكن أن يكون محلها نقودا أو شيئا غير معين بالذات . (ج) يطلب في دعوى الاستحقاق إثبات الملكية ، أما في دعاوى الاسترداد فيطلب إثبات مصدر الالتزام بالرد . انظر في ذلك عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٠٦ ص ٢٤٨ - ص ٢٤٩ .

الحالتين ليست بدعوى استحقاق لأن محل الدعوى هو حق عيني آخر غير الملكية .

فدعوى الاستحقاق إذن هي . كما قلنا ، الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى بالملكية .

٣٦٨ - طرفاء الدعوى : المدعى في دعوى الاستحقاق هو من يطالب بملكية الشيء ، والمدعى عليه يكون عادة هو الحائز لهذا الشيء^(١) . وهذا الوضع المألوف يرجع إلى أن المالك لا يطالب عادة بملكية شيء هو في حيازته وتحت يده ، وإنما يطالب بملكيته عندما يخرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر ، فعندئذ يرفع على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً بالملكية ورد الشيء إليه . وقد كان في المشروع التمهيدى للتقنين المدني نص صريح بهذا المعنى يقضى بأن «مالك الشيء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق...» ، فحذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »^(٢) .

وبصح ، في بعض الأحوال ، أن يكون المدعى هو نفسه الحائز للشيء ، ويرفع دعوى منع التعرض في الملكية على من يتعرض له فيها . ولكن المألوف في هذا الفرض ، إذا كانت حيازة المدعى للشيء قد توافرت فيها شرائط الحيازة ، أن يقتصر على التمسك بالحيازة ، فلا يرفع دعوى منع التعرض في الملكية بل دعوى منع التعرض في الحيازة . ومع ذلك قد يفسر إلى رفع دعوى منع

(١) فإذا كان الحائز للشيء لم يستوف شروط الحيازة ، وبخاصة إذا كان يحوز الشيء بالنيابة عن غيره كالمستأجر والمستعير والمودع عنده والمرتهن رهن حيازة ، جاز له ، كما جاز للمدعى ، أن يدخل الحائز (المؤجر أو المير أو المودع أو الراهن رهن حيازة) خصماً ثالثاً في دعوى الاستحقاق . ولالحائز حيازة عارضة عند ذلك أن يطلب إخراجه من الدعوى .

وليس من الضروري أن يكمن الحائز حسن نية ليكون مدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، فالحائز سيئ النية يكون أيضاً مدعى عليه وإن كانت الحيازة بسوء نية لا تقوم في هذه الحالة قرينة على الملكية . ونرى من ذلك أن الحيازة ، حتى تكون قرينة على الملكية ، يجب أن تكون بحسن نية ، ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ليكون الحائز هو المدعى عليه في دعوى الاستحقاق . ولكن من الناحية العملية يفرص في الحائز ، بادئ ذي بدء ، أنه حسن نية ، فإذا أقام المدعى دعوى الاستحقاق وأثبت الملكية ، كان له أن يثبت أيضاً أن الحائز كان في حيازته سيئ النية (انظر حازو فقرة ١٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ - ص ٢٣ .

التعرض في الملكية إذا لم تكن حيازته قد استوفت شرائطها أو لم تستكمل مدتها طبقاً للقواعد المقررة في دعاوى الحيازة ، أو انقضت المدة التي يجوز في خلالها رفع دعوى الحيازة . وقد يلجأ الحائز أيضاً ، وإن كان هذا نادراً ، إلى دعوى منع التعرض في الملكية مع إمكانه رفع دعوى الحيازة ، إذا رغب أن يتعجل حسم النزاع بشأن الملكية مع من يتعرض له فيها ، إما لأن أدلة الملكية متوافرة تحت يده حالا ويخشى من فقدانها أو فقد بعضها فيها إذا اكتفى برفع دعوى الحيازة ، أو لأي سبب آخر يرى معه الخير في التعميل ومجابهة دعوى الملكية على الفور (١) . ولكن المألوف كما قدمنا هو غير ذلك ، فدعوى الحيازة ، إذا توافرت شرائطها ومددها ، أيسر بكثير من دعوى الملكية ، فتكون عادة هي المقدمة الطبيعية لدعوى الملكية . ويكتفى الحائز برفع دعوى منع التعرض في الحيازة أو دعوى استرداد الحيازة ، حتى إذا استقرت الحيازة في يده أحرز الشيء وانضغ به انتفاع المالك . وتربص بعد ذلك حتى إذا رأى من ينازعه في الملكية وقد رفع دعوى الاستحقاق عليه ، كان - وهو الحائز للشيء - المدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، فلا يكلف بإثبات ملكيته (٢) والذي يقع عليه عبء الإثبات هو المدعى (٣)

(١) دلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٥ .

(٢) استئناف غلظ ١٥ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٣ - ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧٨ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٣٥٤ ص ١٦٨ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥٠ ص ٦٤ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٩ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٥ - وإذا انتزعت الحيازة من الحائز ، ولم يسترددها في أديعاه للقانوني ، لم يستطع أن يتسك بهذه الحيازة السابقة لإعفائه من عبء إثبات الملكية (استئناف غلظ ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥) .

(٣) ويكلف المدعى بإثبات ملكيته هو ، لا بإثبات عدم ملكية المدعى عليه . فإذا عجز المدعى عليه عن إثبات ملكيته ، لم يكن هذا سبباً في الحكم بالملكية للمدعى مادام هذا لم يثبت ملكيته . وقد قضت محكمة النقض بأن من الخطأ أن تنفل المحكمة بحث سند ملكية المدعى للأدعيان وتبحث ملكية المدعى عليه لها ، فإن الوضع السليم قانوناً هو تحقيق ملكية المدعى ، فإن ثبت له حق له طلب إبطال التصرف الحاصل من المدعى عليه ، أما مجرد عدم ثبوت ملكية المدعى عليه فلا يقتضي ثبوتها للمدعى ولا أحقيته فيما طلبه (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ - موعة المكتب الفني في خمسة وعشرين -

وما دام المؤلف هو أن يكون الحائز لشيء هو المدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، فقد يرفع المطالب بملكية هذه الدعوى على الحائز (١) ، فيعبد بعد إعلانه بالدعوى ، إلى التخلي عن الحيازة ، أو يتخلى عنها قبل الإعلان وهو صبي النية أى يعلم أن الإعلان بالدعوى وشيك الوصول إليه . ويكون غرض الحائز من تخليه عن الحيازة أن يربك المدعى ، وأن يدفع دعوى الاستحقاق بانعدام صفته كمدعى عليه في هذه الدعوى إذ أنه لا يحوز الشيء المدعى بملكيته . فإذا أثبت المدعى أن المدعى عليه كان يحوز الشيء ، وأنه تخلى عن الحيازة بعد الإعلان أو قبل الإعلان وهو صبي النية ، حكم القاضي على المدعى عليه بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المدعى بعد أن يثبت هذا ملكيته لإياه ، أو أن يوفى قيمته إلى المدعى مع التعويض إن كان له محل . وإذا استطاع المالك بعد ذلك أن يكشف عن الحائز الجديد للشيء المدعى بملكيته ، جاز له أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق . فإذا ما أثبت ملكيته تجاه الحائز

— عاما ٢ ص ٩٩٣) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد قضى برفض دعوى المدعى بتثبيت ملكيته للأرض محل النزاع تأسيساً على أن هذه الأرض لا تدخل في مستندات تملكه ولا هو تملكها بوضع اليد ، وكان هذا القضاء مقاما على أسباب مؤدية إليه ، فلا يجدى المدعى ما ينهه على هذا الحكم في خصوص تحدته عن ملكية المدعى عليه (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني في خة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) . وقضت أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطنان التي يطلب المدعيان ثبوت ملكيتها لها بل بسبب من أسباب كسب المال لا يفيد ذاته وبطريق الزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . كذلك لا يمكن أن يقرر الحكم أن مستندات هذين الأخيرين تشمل الأطنان المتنازع عليها ، وأنها من ذلك تكون ملكا لها ، من غير بيان هذه المستندات وكيفية إفادتها هذه الملكية . وإذن فتي كان الحكم إذ قضى بثبوت ملكية المدعين للأطنان قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطنان بأى من عقدي شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطنان إلى المدعين من آخر كان قد اشتراها في حين أنها ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد التهمة المبرم بين هذا المشتري وإخوته ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعين — متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصراً مستوجب النقض (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني في خة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) — وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في خة وعشرين عاما ١ ص ٢٨ — ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني في خة وعشرين عاما ١ ص ٢٨ .

(١) حتى لو كان الحائز يحوز لحساب غيره . إذ عليه في هذه الحالة أن يعلن اسم هذا الغير حتى يخله المدعى خصماً في الدعوى (بودري وشوفو فقرة ٢٢٣ — أوبري ورو فقرة ٢١٩ ص ٥٢٧ — ص ٥٢٨ — بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٥ ص ٣٥١)

الجديد واسترد الشيء ، كان عليه أن يرد للحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته ، واستئزال التعويض الذي يستحقه عن الضرر الذي أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء^(١) . وليس في كل ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصاً يورد هذه الأحكام ، فكأنت المادة ١١٦٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ - يجوز أن ترفع دعوى الاستحقاق على من تخلى من تلقاء نفسه عن حيازته للشيء وكان ذلك بعد إعلانه بالدعوى ، وعلى من تخلى قبل الإعلان إذا كان سبي^٢ النية - ٢ - وعند ذلك يكون المدعى عليه في دعوى الاستحقاق ملزماً أن يستعيد للشيء على نفقته ليرده إلى المالك ، فإذا لم يستطع فعله أن يوفيه قيمته مع التعويض إذا كان له محل . ٣ - على أنه يجوز للمالك أن يسترد الشيء من الحائز الجديد . فإذا ما استرده كان ملزماً أن يرد إلى الحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة^٣ اكتفاء بالقواعد العامة^(٢) .

(١) ومن ذلك أن يمنع على المالك أن يسترد الثمار من حائز جديد حسن النية (عبد الزم البدرأوى فقرة ٢٠٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ - ص ٢٣ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « والأصل في دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه دائماً في هذه الدعوى . عل أنه قد يتحارب فينتقل عن الحيازة ، سواء كان ذلك بعد إعلانه بدعوى الاستحقاق أو قبل إعلانه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يدفع الدعوى بأنه غير ذي صفة فيها لتخله عن الحيازة ، بل يبقى مدعى عليه . وفي هذا توسع في دعوى الاستحقاق ، نقل عن المشروع الإيطالى (م ٢/٤١ و ٣ و ٤) . عل أن الدعوى في هذا المقص تكون أقرب إلى الدعوى الشخصية منها إلى الدعوى العينية . فإن المتخل عن الحيازة يحكم بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المالك في مهاد يحدده الحكم ، وإلا ألزم بدفع مبلغ يحدده الحكم أيضاً على سبيل التعويض . وظاهر أن هذا التزام مبنى على العمل غير المشروع الذى أتى به المتخل عن الحيازة . وقد يتفق أن المالك به أن يستوفى التعويض يعرف الحائز ، فيرفع عليه دعوى الاستحقاق ويسترد منه ملكه ، وعليه في هذه الحالة أن يرد للمتخل عن الحيازة ما استوفاه من التعويض بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته ، وبعد استئزال التعويض الذى يستحقه عن الضرر الذى أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء . عل أنه لا يوجد ما يمنع المتخل من الحيازة ، إذا رفعت عليه دعوى الاستحقاق على الوجه الذى تقدم ، أن يدخل الحائز خصماً ثالثاً في الدعوى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ - ص ٢٥) .

٣٦٩ - وهو الاستحقاق المنقول - إيماناً : فإذا كان الشيء المدعى ملكيته منقولاً ، ورفع المدعى دعوى الاستحقاق على حائز المنقول ، فإن الحائز يستطيع دفع هذه الدعوى بالقاعدة التي تنص بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . فترفض دعوى المدعى حتى لو أثبت ملكيته للمنقول ، فإن الحيازة تكون في هذه الحالة قد نقلت الملكية إلى المدعى عليه . والمفروض في ذلك أن يكون الحائز حسن النية وقد تلقى المنقول من غير المدعى . فبكون قد تعامل مع غير المالك ، فنقل الحيازة إليه ملكية المنقول . أما إذا كان الحائز قد تلقى المنقول من المدعى نفسه ، فإن قاعدة الحيازة لا مجال لها هنا . والمدعى لا يرفع في هذا الفرض دعوى الاستحقاق على الحائز ، بل يقتصر على الطعن في السبب الذي تلقى به الحائز المنقول منه ، فيتمسك مثلاً بأنه سبب غير نازل للملكية فهو إيجار أو عارية أو ودعة أو نحو ذلك ، أو يتمسك بأنه سبب ناقل للملكية ولكنه معيب بما يجعله معدوم الأثر (١) .

فدعوى الاستحقاق في المنقول لا ترفع إذن إلا في المنطقة التي تعمل فيها قاعدة الحيازة ، وعندئذ تحسم الحيازة النزاع في الملكية ، فإنها إذا امتدت شرائطها وكانت مصحوبة بالسبب الصحيح وحسن النية نقلت ملكية المنقول إلى الحائز ، وانحسم النزاع في دعوى الاستحقاق (٢) . فتحيل إذن في دعوى الاستحقاق المنقولة إلى ما سيجيء به عند الكلام في قاعدة الحيازة .

(١) مازو فقرة ١٦٢٩ وفقرة ١٦٣٢ ص ١٣٠٠ .

(٢) أما إذا لم تستوف قاعدة الحيازة شرائطها ، بأن لم يكن هناك مثلاً سبب صحيح أو كان الحائز سيئ النية ، فإن الحيازة لا تنقل الملكية إلى المدعى عليه . ويجوز إذن للمدعى في دعوى استحقاق المنقول أن يثبت ملكيته للمنقول ، ولو بحيازة سابقة مقدومة بحسن نية وسبب صحيح ، فيسترد المنقول من الحائز .

وعلى ذلك ترفع دعوى الاستحقاق في المنقول إذا كان الحائز سيئ النية ، فعندئذ يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز ما لم يكن هذا الأخير قد تملكه بالتقادم المكسب بمضي خمس عشرة سنة . كذلك يمكن أن ترفع دعوى استحقاق المنقول على الحائز حسن النية إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً ، فعندئذ يكون للمالك رفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . ولا تعتبر مدة ثلاث السنوات مدة تقادم مسقط ، بل هي مدة إسقاط تشمل في حلالها قاعدة الحيازة حتى ينسئ للمالك العثور على الشيء الضائع أو الكشف عن الشيء المسروق .

ونقتصر هنا على الكلام في دعوى استحقاق العقار ، وإذا أطلقنا عبارة « دعوى الاستحقاق » قصدنا بها دعوى الاستحقاق العقارية .

٣٧٠ - دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة : تحمى الحيازة دعاوى ثلاث تسمى بدعاوى الحيازة (actions possessoires) ، وهى دعوى استرداد الحيازة إذا فقدتها الحائز ، ودعوى منع التعرض إذا بقيت الحيازة للحائز ولكن تعرض له فيها أحد ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة إذا هدد الحائز في حيازته بأعمال لو تمت كانت تعرضا لهذه الحيازة .

ويقابل دعاوى الحيازة الثلاث هذه دعاوى ملكية (actions pétitoires) ثلاث ، مهمتها حماية الملكية لا الحيازة . فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هى دعوى الاستحقاق ، ويقابل دعوى منع التعرض في الحيازة دعوى منع التعرض في الملكية ، ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية .

ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى إلا أن يثبت المدعى حيازته مستوفى لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشيء وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة إلى دعاوى الحيازة ليحمى بها حيازته . ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قدمنا ، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ، ويتحمل هو دون الحائز عبء إثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق القول . ومن ثم حلت دعاوى الحيازة في العمل محل دعاوى الملكية ، وأغنت عنها في كثير من الأحوال .

وقد كان المشروع التمهيدى للتميز المدنى يتضمن نصا يحدد دعاوى الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « لمالك الشيء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض ، وإذا خشى تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه » (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هى دعاوى الملكية التى وضعت على غرار

دعوى الحيازة ، ولكن هذه أكثر استعمالاً لسهرتها . فلذلك أن يسرد مالكه من أى يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطلب منع تعرض الغير للملكه ، وإثبات كل عمل لو تم لكان تعرضاً . ولكنه فى هذه الدعوى الثلاث يطلب بإثبات حق ملكيته . وأهم هذه الدعوى وأكثرها انتشاراً هى دعوى الاستحقاق . والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز . فهو المدعى عليه فى هذه الدعوى (١) . هذا وقد حذف نص المادة ١١٦٥ من المشروع التمهيدى سالف الذكر فى لجنة المراجعة واكتفاء بالقواعد العامة (٢)

٣٧١ - عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم - إمانه : ترفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت يرى من يدعى ملكية الشيء رفعها فيه ، فليس لها أجل محدد تزول بانقضائه . وإذا كانت الحقوق العينية الأخرى تزول بعدم الاستعمال مدة معينة ، وكانت الحقوق الشخصية تزول هى أيضاً بالتقادم المسقط ، فإن حق الملكية . دون غيره من الحقوق ، لا يزول بعدم الاستعمال . ومن ثم لا تسقط دعوى الاستحقاق بالتقادم . ويستوى فى ذلك العقار والمنقول ، فدعوى الاستحقاق فى كل منهما لا تسقط بالتقادم (٣) .

ومهما طال المدة التى يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه ، فإنه لا يفقد ملكيته بعدم الاستعمال ، ويستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق بعد خمس عشرة سنة أو ثلاثين أو أربعين أو أكثر . ولكن إذا كان الشيء الذى خرج من حيازته دخل فى حيازة شخص آخر ، واستطاع هذا الشخص الآخر بموجب هذه الحيازة أن يكسب ملكية الشيء بالتقادم . فإن المالك الأصلي تزول عنه الملكية ولا يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الذى ملك بالتقادم . ويرجع ذلك ، لا لأن المالك الأصلي قد فقد ملكيته بعدم الاستعمال أو سقطت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ .

(٣) وذلك صحيح فى مصر ، وكذلك فى فرنسا بالرغم من أن المادة ٢٢٠٢ مدنى فرنسى تنص بأن كل الدعوى ، عينية كانت أو شخصية ، تسقط بالتقادم بمضى ثلاثين سنة . وذلك راجع إلى أن حق الملكية حق دائم فلا يسقط بالتقادم (انظر فى هذا المعنى مازو فقرة ١٦٢٨ ص ١٢٩٧ - وانظر فى سقوط دعوى استحقاق المنقول بالتقادم بولابول وريبير وبيكر ٣ فقرة ٣٥٤) .

دعواه في الاستحقاق بالتقادم المسقط ، ولكن لأن هناك شخصا آخر قد حاز الشيء وكسب ملكيته بالتقادم المكسب .
وقد فصلنا كل ذلك فيما تقدم عند الكلام في دوام حق الملكية ، فنرجل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

٣٧٢- ما يستتبع الحكم بالرجوع من مفروق في الرد : فإذا حكم

للمدعى في دعوى الاستحقاق باستحقاقه للعقار المدعى بملكيته ، فإنه يحكم في الوقت ذاته على المدعى عليه الحائز للعقار بإلزامه بتسليم العقار إلى المدعى . وقد يكون المدعى عليه هذا قد اشترى العقار من غير مالك ودفع له الثمن ، فلا يرجع بالثمن على المدعى الذي استحق العقار لأن هذا لم يكن طرفا في عقد البيع ، وليس ملتزما بالضمان (٢) . وإنما يرجع المدعى عليه بالثمن وبضمان الاستحقاق على البائع الذي اشترى منه العقار ، وفقاً لما تقضى به القواعد العامة في ضمان المبيع (٣) .

ويفتح الحكم باستحقاق المدعى للعقار أبوابا لرجوع المالك على حائز العقار ، ولرجوع حائز العقار على المالك . فهناك من جهة الثمار والمنتجات وهلاك الشيء أو تلفه ، وقد يستوجب ذلك رجوع المالك على حائز العقار . وهناك من جهة أخرى المصروفات التي قد يكون حائز العقار أنفقها والمنشآت التي قد يكون قد أقامها ، وهذه تستوجب رجوع الحائز على المالك . وقد أورد التقنين المدني أحكام كل ذلك في مواضع مختلفة ، أهمها المكان الذي أورد فيه أحكام الحيابة والمكان الذي أورد فيه أحكام الانصاق ، وسنبحث كل مسألة منها في المكان الذي خصصه لها التقنين المدني .

ونكتفي هنا بإيراد بعض النصوص التي عرضت لهذه المسائل . ففيما يتعلق بالثمار تقضى المادة ١/٩٧٨ مدني بأن يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام

(١) انظر آنفا فقرة ٣٣٠ .

(٢) وذلك حتى لو كان المدعى عليه قد اشترى العقار في المزارع العالي تنفيذا لدين (أوبري .

ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩) .

(٣) لكن إذا كان المدعى عليه قد استعمل جزءا من الثمن في سداد تكاليف عينية كانت تثقل

العقار ، فإنه يرجع بذلك على المدعى الذي استفاد من زوال هذه التكاليف (أوبري ورو ٢ فقرة

٢١٩ ص ٣٥٩) .

حسن النية . . وتقضى المادة ٩٧٩ مدني بأن « يكون الحائز سيئ النية . مسئولاً من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي تقع في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار . . أما المنتجات ، وهي غير الثمار الدورية المتجددة ، فهذه يرد لها الحائز جميعاً - هي أوقيمتها - للمالك . وفيما يتعلق بالهلاك أو التلف نصت المادة ٩٨٣ مدني على أنه « ١ - إذا كان الحائز حسن النية وانضع بالشئ وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانقاع . ٢ - ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف . . ونصت المادة ٩٨٤ مدني على أنه « إذا كان الحائز سيئ النية ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشئ أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه . »

وفيما يتعلق بالمصروفات قضت المادة ٩٨٠ مدني بأنه : « ١ - على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ (الخاصتين بالالتصاق) . ٣ - فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . . وفيما يتعلق بالمنشآت فإنها تصبح ملكاً للمالك بحكم الالتصاق ، وبعبوض المالك من أقام المنشآت طبقاً للقواعد المنصوص عليها في المواد ٩٢٣ - ٩٣٠ مدني ، وسيأتي تفصيل أحكامها عند الكلام في الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية

٣٧٣ - إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق : أشق مسألة في دعوى

الاستحقاق هي مسألة إثبات الملكية . ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعي^(١)

(١) فإذا لم يقدم المدعي بإثبات ملكيته رفضت دعواه ، وليس على المحكمة أن تبحث في ملكية المدعي عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب المحكمة لرفض دعوى الملكية أن تستند في ذلك إلى حيز المدعي عن إثبات دعواه ، دون أن تكون بحاجة إلى بيان أساس ملكية المدعي عليه . ومن ثم =

كما قدمنا . ووجه المشد في هذه المسألة هو أن الملكية حق شامل بامع مانع كما سبق القول . وهو نافذ تجاه الناس كافة . ولا يعرف القانون سنداً يثبت الملكية إثباتاً مباشراً حاسماً على هذا النحو . إلا من طريق السجل العيني (Livre Foncier) : فمجرد تسجيل العقار باسم شخص معين في هذا السجل دليل قاطع على ملكية هذا الشخص العقار بالنسبة إلى الكافة .

وما دام السجل العيني لم يعمم في مصر حتى الآن . فإنه لا يتوفر في الوقت الحاضر هذا الدليل المباشر الحاسم على الملكية . فلا بد إذن من الالتجاء إلى طرق غير مباشرة وإلى القرائن في إثبات الملكية . كما هو الأمر في فرنسا التي لم يوجد فيها السجل العيني حتى اليوم . وقد لجأ القضاء . وسار على أثره الفقه ، في فرنسا وفي مصر ، إلى سلسلة من القرائن والاحتمالات ليست هي في ذاتها دليلاً مباشراً حاسماً على الملكية . ولكنها على كل حال توحى ، بقدر ما يستطاع في الظروف الخاصة لكل قضية ، بأن الخصم الذي قدم هذه القرائن يغلب أن يكون هو المالك ، أو في القليل يكون قد قدم احتمالات أرجح وقرائن أقوى من الاحتمالات والقرائن التي قدمها خصمه (١) .

وننتقل الآن إلى طرق الإثبات التي أقرها القضاء والفقه في إثبات حق الملكية ، وقد كان للفقهاء المعروفين أوبري ورو الفضل الأول في دعم هذه الطرق في الفقه وفي توجيه القضاء في تنظيمها وترتيبها بحسب قوتها والمفاضلة فيما بينها (٢) .

§ ٢ - طرق إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق (*)

٣٧٤ - طرق إثبات دوائرها بقبض : قدمنا أن إثبات الملكية على وجه

= فإن الذي على خطأ الحكم المطعون فيه فيما استورد إليه تزيداً في شأن التدليل على ملكية المدعى عليه في دعوى الملكية يكون غير منتج (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٨ ص ٦٨٥) - وانظر آنفاً ص ٥٩٤ هامش ٣ .

(١) انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٢ .

(٢) مارك وريينو فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠ .

• مراجع : E. Lévy في إثبات الملكية العقارية بسجلات التسجيل رسالة من - باريس سنة ١٨٥٠ -

Sandine في إثبات الملكية العقارية في القانون الفرنسي رسالة من - كورس سنة ١٩٠٠ - Grosser

في إثبات الملكية والعقارات المنقولة عليها رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - Bentkowski =

حاسم قاطع عن طريق سند تمليك يثبتها بطريق مباشر أمر متعذر . وليان ذلك
نفرض أن المدعى في دعوى الاستحقاق قدم عقد شراء سنداً للملكية ، فلذلك
لا يكفي ، إذ يجب أن يثبت أيضاً أنه اشترى من مالك حتى تكون الملكية قد
انتقلت إليه . فإذا هو قدم سند ملكية البائع له . وهو أيضاً عقد شراء صادر
له من سلفه ، فذلك لا يكفي ، إذ يجب أن يثبت أن البائع لبائعه كان مالكا وقت أن
باع للبائع . ثم إن عقد الشراء الصادر لبائع البائع لا يكفي هو أيضاً ، إذ يجب
أن يثبت أن البائع لبائع البائع كان مالكا وقت أن باع . وهكذا تتسلسل سندات
التمليك إلى ما لا نهاية ، ويكون الدليل الذي يطالب به المدعى أمراً متعزراً ،
بل هو كما يقال دليل شيطاني (probatio diabolica) . ومن ثم يبين في
وضوح أنه لا يمكن السير في هذا الطريق .

والذي يمكن الوقوف عنده ، طريقاً لإثبات الملكية ذا دلالة يقينية ،
طرق ثلاثة :

(الطريق الأول) السجل العيني (Liver Foncier) ، فهمة هذا السجل
أن يجعل تسجيل ملكية العقار ذا دلالة يقينية قاطعة ، وهو حجة على الكافة ،
فتي سجل عقار فيه باسم شخص معين كان هذا الشخص هو المالك ، ما في ذلك
من ريب . ولكن السجل العيني لم يعمم بعد في مصر ، بل هو لما يبدأ ،
فوجب التماس طريق آخر .

(الطريق الثاني) التقادم المكسب الطويل أو القصير : وهذا طريق آخر
للإثبات ذو دلالة يقينية قاطعة في ثبوت الملكية ، فتى أثبت المدعى أنه حاز
العقار ، هو وسلفه من قبله ، مدة خمس عشرة سنة متواليات دون انقطاع
وأن حيازته هذه قد استوفت شرائطها ، فقد تملك العقار بالتقادم وكان هذا
دليلاً قاطعاً على ملكيته ، وهو حجة على الكافة ما في ذلك من ريب^(١) . بل

= في إثبات الملكية العقارية رسالة من مونبليه سنة ١٩١٩ - Pauline Mendelsshon في
إثبات الملكية العقارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ .

(١) ويجب التثبت ، حتى يستغنى بالتقادم عن أى سبب آخر ، من أن التقادم قد استوفى
شرائطه ومدته . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع في الدعوى أن محكمة الموضوع أسست
قضائها برفض دعوى الطاعن بطلب تثبيت ملكيته للمعين موضوع النزاع على ثبوت حيازة المطمون
عليه لمادون انقطاع مدة تزيغل ١٥ سنة وأن هذه الحيازة ثبتت له خاصة منذ شرائه لتلك العين =

يستطيع المدعى : إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح . أن يملك العقار بحيازته مدة خمس سنوات متوالات ، ويكون التقادم التصبر في هذه الحالة دليلاً قاطعاً على الملكية . ولكن التقادم المكسب : طويلاً كان أو قصيراً ، غير متيسر في أكثر الأحيان ، فمدة الخمس العشرة سنة مدة طويلة ، ومدة الخمس السنوات يجب أن يصحبها السبب الصحيح وحسن النية ، والمدتان قد ينف سريانهما أو ينقطع لأسباب مختلفة ، وعند ذلك لا تحسب مدة الوقف ، بل لا يحسب في حالة الانقطاع ما مرى من المدة أصلاً ويجب ابتداء مدة جديدة .

(الطريق الثالث) الحيازة إذا استوفت شرائطها ، وبرجها خاص إذا لم تقترن بإكراه ولم تحصل خفية ولم يكن فيها لبس (١) . فعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية على الملكية ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فهي دليل على الملكية إلى أن يقوم الدليل على العكس . وهناك نص صريح في هذا المعنى : فقد نصت المادة ٩٦٤ مدني على أن « من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » (٢) . والحيازة على كل حال طريق لإثبات الملكية فودلالة يقينية ،

= في سنة ١٩٢٩ وثبتت أيضاً لبانعة له من سنة ١٩٢٣ . وقد استفتت محكمة الموضوع بثبوت الحيازة للمطعون عليها الأول والثانية على النحو المتقدم ، وبضم مدة وضع يدها إلى مدة وضع يده ، من بحث ما يدعيه الطاعن من ملكيته للمين المتنازع فيها بموجب عقود المسجلة ، بما يأتى منه أن هذا البحث غير مجد مادام أن العقود المقدمة من كلا الطرفين ترجع ملكية المين إلى أصليين مختلفين . كما استفتت عن بحث ما ادعاه الطاعن من أن المطعون عليها الثانية شخصية وهمية لا وجود لها ، بمقولة إن هذا البحث أيضاً غير مجد لتعلق النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية . فإن هذا النظر ، الذي تأسس عليه قضاء الحكم المطعون فيه ، يكون مشوباً بالقصور . ذلك أن الثغرات الحكم المطعون فيه عن تحقيق ما تمسك به الطاعن من أن المطعون عليها الثانية شخصية وهمية لا وجود لها كان من نتيجته عدم الاعتداد بما تقدم به الطاعن من مستندات للدليل على ملكيته ، كما كان من نتيجته القول بتوافر مدة التقادم مع ما هو واضح من ذات الحكم المطعون فيه من أن هذه المدة لا تكون مكتملة إذا ما تبين أن المطعون عليها لم تكن ذات وجود فعلي ، إذ يمتنع في هذه الحالة إسناد أية حيازة لها (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٥٨) .

(١) وحتى لو كانت الحيازة معية ، فإن الحائز يبق مدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، وعلى المدعى أن يثبت ملكيته في حالتي الحيازة الصحيحة والحيازة المعية ، فلا فرق إذن في هذه الناحية بين الحيازتين (مازو فقرة ١٦٣٥) .

(٢) وقد جعل اثنين المدني الحيازة المادية قرينة غير قاطعة على الحيازة القانونية ، فنصت المادة ٩٦٣ مدني على أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن جائزه هو من له الحيازة المادية . إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معية » .

لما هي تفرض في الحائز أنه المالك ، وتنقل سبب إثبات الملكية من يانقه إلى عاتق خصمه ، لولا أنها دليل غير قاطع ، فيجوز لخصم غير الحائز أن يقدم للدليل على أنه ، دون الحائز ، هو المالك (١) .

٣٧٥ - طرق إثبات دولتها ظنية : ويوجد إلى جانب طرق الإثبات ذات الدلالة البقينية التي قدمناها طرق إثبات ذات دلالة ظنية ، فهي قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة (probabilités) ، ولكنها لا تثبت الملكية على وجه يقيني .

وأول هذه الطرق هو سند التملك (titre) . ويقصد بسند التملك سند صادر للخصم يفيد ثبوت الملك له ، دون اعتبار لما إذا كان هذا قد صدر من مالك أو من غير مالك . ولذلك تكون دلالة السند ظنية ، ويؤخذ على أنه مجرد قرينة قضائية تفيد احتمالاً راجحاً . ويترك ذلك لتقدير القاضي . ولما كان السند مجرد قرينة قضائية ، فلا يشترط فيه أن يكون مسجلاً ، أو أن يكون ناقلاً للملكية بل يصح أن يكون كاشفاً عن الملكية لا ناقلاً لها . فيستطيع الخصم إذن ، كما يتمسك بعقد بيع أو هبة قرينة على ملكيته (٢) ، أن يتمسك أيضاً بعقد صلح أو قسمة أو حكم قضائي وكل ذلك كاشف عن الملكية لا ناقل لها (٣) . وإذا تمسك بحكم قضائي ، فليس من الضروري أن تراعى فيه شروط حجية الأمر المقضي ، فقد يتمسك بالحكم على خصمه دون أن يكون هذا طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم . وإذا تمسك بعقد ، فليس من الضروري أن يكون الخصم طرفاً في هذا العقد . وذلك لأن كلا من الحكم والعقد لا يعتد

(١) نفص مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٦٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ١٢٣ .

(٣) نفص فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٦٤ : دالوز ١ - ٦٤ - ٤١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ١ - ٦٦ - ١ - ٥ - ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٩ - ١ - ٦٢ - ٣ يناير سنة ١٩٠٥ دالوز ١ - ١٩٠٨ - ٤٤١ . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦١ - بلانيول وريبير وبلانجييه ١ فقرة ٣٣١٦ - وإذا قدم أحد الخصمين سدا ، جاز للقاضي أن يستخلص من هذا السند قرينة لصالح الخصم الآخر (نفص فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ١ - ٦٥ - ٤٧٣ - ٣١ مارس سنة ١٨٦٨ دالوز ١ - ٦٨ - ٤١٨ - ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٩ - ١ - ٦٢)

به هنا إلا على أنه مجرد قرينة قضائية لا تفيد إلا مجرد احتمال : ويجوز دحض دلالة الظنية بقرينة أخرى أقوى منه (١) .

ويأتى بعد سند التملك قرائن أخرى قضائية أقل قوة من سند التملك . وأهم هذه القرائن المكلفة ، فمن كلف العقار باسمه يستطيع أن يتخذ من ذلك قرينة قضائية على أنه هو المالك (٢) ، إلى أن تدحض هذه القرينة بقرينة أقوى منها . كذلك يعتبر دفع الأموال (ضرائب الأراضي الزراعية) والعوائد (ضرائب المباني) قرينة قضائية على أن من يدفع هذه الضرائب هو المالك ، ولكنها قرينة يجوز دحضها هي الأخرى بقرينة أقوى منها . وقد تكون حدود العقار وعلامات هذه الحدود القائمة ، أو خريطة فك الزمام (٣) ، أو غير

(١) نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٦٤ دالوز ١ - ٦٤ - ٤١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ٥ - ٨ يوليو سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٣٦ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٤٠ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٣٢٩ ٥ مارس سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ - ١ - ١٩١ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ١٣ . ويعتبر الحكم أو العقد هنا واقعة مادية (fait matériel) ، تستخلص من القرينة القضائية دون مراعاة لشروط حجية الأمر المقتضى أو حجية العقد (پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٢) . ولا يجوز أن يكون السند الذي يتسك به الخصم صادرا منه هو ، فإنه لا يجوز لشخص أن يصنع بنفسه دليلا لنفسه ، فلا يجوز لبلدية أن تتسك بخط التنظيم الذي أصدرته هي للتدليل على ملكيتها لعقار معين (إكس ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٤٨٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Revendication فقرة ٣١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٧٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بألا حجية لخرائط المساحة في بيان الملكية ، وإنما تعتبر فقط عن الواقع المادي (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة المكاتب الفني في خمة وعشرين عاما ص ٩٩٣) - والمكلفة وحدها لا تكفي دليلا على الملكية (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٦ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٨ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٨ - ٧ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٧ - ٤ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٣ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٠ - ١٠ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣١) ، ولا الورد المستخلص من المكلفة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣٦ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨ - ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٤ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٥ - ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤) . والإعلام الشرعى دليل على أنصبة الورثة ، ولكنه ليس دليلا على الملكية (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٧ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧) . ولا تكفي الشهرة العامة دليلا على الملكية (استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٣) .

ذلك ، قرائن قضائية على الملكية ، ولكنها كلها بطبيعة الحال يجوز دحضها بقرائن أقوى منها . كذلك يعتبر قرينة قضائية تسجيل سند التملك^(١) ، وسندات الشركاء على الشبوع^(٢) . وتعتبر الحيازة إذا كانت غير مستوفية لشرائطها هي أيضاً قرينة قضائية تدحض بقرينة أقوى ، فتقلب من قرينة قانونية فيما إذا استوفت شرائطها إلى محض قرينة قضائية فيما إذا لم تستوف هذه الشرائط^(٣) .

٣٧٦ - تعارض طرق البرهات : فإذا قدم كل من الخصمين في دعوى الاستحقاق طرق إثباته ، فتعارضت هذه الطرق ، فهناك طريقتان قاطعا للدلالة في الملكية ، هما كما قدمنا السجل العيني والتقدم المكسب . ففي استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني ، إذا كان هذا السجل ساريا في المنطقة التي فيها العقار المتنازع عليه ، كان هو المالك . ووجب الحكم له بالملك إذا كان هو المدعى ، أو وجب رفض دعوى الاستحقاق إذا كان هو المدعى عليه . فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقدم الطويل أو القصير ، كان هو المالك ، ووجب الحكم له بالملكية أو رفض دعوى الاستحقاق بحسب الأحكام . فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقدم ، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه في دعوى الاستحقاق هو الحائز للعقار . فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على أنه هو المالك ، ويبنى على عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة^(٤) . فإذا لم يقدم المدعى قرينه أخرى تدحض قرينة الحيازة ، رفضت دعواه ، وبقي الحائز على حيازته . أما إذا قدم المدعى قرينة تعارض قرينة الحيازة ، من سند تملكه أو مكلفه أو دفع الضرائب أو غير ذلك ، وقدر القاضي أن القرينة التي قلمها للمدعى تدحض قرينة الحيازة ، حكم للمدعى بالملكية ، ونزع العقار من يد الحائز وسلم للمدعى . فالقرينة التي تدحض قرينة الحيازة ينبغي أن يترك أمر

(١) مازو فقرة ١٦٤٠ .

(٢) أوربري ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٢٢ .

(٣) انظر كاربونييه ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ .

(٤) استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧ - ١٨ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢

تقديرها إلى القاضي ، فهو الذى يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحياة أقوى فبرفض دعوى الاستحقاق ، أو أن الاحتمالات المستخلصة من الفرائض التى قدمها المدعى هى الأقوى فيقضى له بالملكية^(١) . وقد كان يحسن الوقوف عند هذا الحد ، إلا أن القضاء الفرنسى سار شوطاً أبعد ، فوضع قواعد مستقرة فى هذا الصدد ، هى وإن كانت تتفق فى أكثرها مع منطق حق الملكية إلا أن بعضها منها تنقصه المرونة الكافية التى يواجه بها الظروف المختلفة .

ويلاحظ فى شأن هذه القواعد ما يأتى : (١) أنها قائمة على أساس تحويل الإثبات ، فهى أدلة غير مباشرة ، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن تستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا كما قدمنا ضرب من تحويل الإثبات (déplacement de preuve) من محل إلى آخر^(٢) ، أى نقل للإثبات من محله الأصيل إلى محل آخر . فالواقعة المراد إثباتها أى سبب كسب الملكية وهو المحل الأصيل ، يزحزح القضاء عنها الإثبات ، ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها ، فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى اعتبر القضاء واقعة سبب كسب الملكية ثابتة^(٣) . (٢) لم يعرض التشريع - لا التقنين المدنى الفرنسى ولا التقنين المدنى المصرى - لشيء من هذه القواعد . وخيراً فعل . ذلك أنه إذا كان يعاب شيء على هذه القواعد ، فهو كما قدمنا فقدما المرونة الكافية فى بعض الحالات . فخير إذن أن تبقى قواعد قضائية يكون التحول عنها حين تضيق بالظروف الخاصة للأفضية المختلفة أبسر

(١) وقد أراد بعض الفقهاء أن يستخلص من ذلك أن الملكية حق نسبى ، فيكون الشخص مالكا بالنسبة إلى شخص معين ، وغير مالك بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين (Em. Lévy) فى إثبات الملكية العقارية عن طريق السند رسالة من باريس سنة ١٨٩٦) . ولكن ذلك لا يستخلص من القضاء الفرنسى ، وكل ما لجأ إليه هذا القضاء هو تحويل محل الإثبات (déplacement de l'objet de preuve) وهذا أمر مألوف فى نطاق قواعد الإثبات (انظر بارتان فى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٥٩ - ص ٣٩٠) .

(٢) انظر الوسيط ٢ فقرة ١٧٣ ص ٣٢٩ .

(٣) انظر الوسيط ٢ فقرة ٣٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٦٠ -

مما لو كانت قواعد تشريعية^(١) على أن التتبع المدني المصرى أورد المبادئ الأساسية لهذه القواعد . ولكن لا فى إثبات الملكية ، بل فى إثبات الحيازة وهى أهون شأنًا وأيسر خطبًا من الملكية^(٢) . (٣) إن هذه القواعد القضائية ليست هى عين قواعد الدعوى البلدية (action publicienne) المعروفة فى القانون الرومانى ، وهى الدعوى التى كان البريطور يعطيها بديلا من دعوى الاستحقاق (revendication)^(٤) .

وتعنى هذه القواعد القضائية عناية خاصة بسند التملك (titre) الذى سبق لنا أن عرفناه^(٥) ، إذ هى تميز بين صور ثلاث : (الصورة الأولى) يوجد سند تملك عند كل من الخصمين . (الصورة الثانية) لا يوجد سند تملك عند أى من الخصمين . (الصورة الثالثة) يوجد سند تملك عند أحد الخصمين دون الآخر .

٣٧٧ - الصورة الأولى - يوجد سند تملك عند كل من الخصمين : فى هذه الصورة الأولى يجب التمييز بين فرضين :

- (١) ومع ذلك فإن الأستاذ محمد على عرفة وهو يقول : « ومن المؤسف حقاً أن ينفصل المشرع وضع نظام خاص لإثبات الحقوق العينية على غرار ما فعله بالنسبة إلى الحقوق الشخصية ، وألا يتدارك المشرع هذا النقص فى التتبع المدنى الجديد » (محمد على عرفة فقرة ٢٧٩) .
- (٢) فقد نصت المادة ٩٥٩ مدنى ، فى خصوص دعوى استرداد الحيازة والمفاضلة بين حيازتي الخصمين . على ما يأتى : « ١ - إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدانها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل . والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ . ٢ - أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فلحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتد » .
- (٣) وبالرغم من وجود بعض وجوه الشبه ، إلا أن القواعد التى أقرها القضاء الفرنسى تختلف عن الدعوى البلدية فى أن هذه القواعد لا تشترط وجود سند فى يد الخصم فالحيازة تكون ، ولا تشترط أن السند أن يكون ناقلاً للملكية فيجوز أن يكون كاشفاً عن الملكية (پلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٥٩ - وانظر أيضاً أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هاش ١ - بودرى وشوفر فقرة ٢٣٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٣١٠) . انظر مع ذلك غير قليل إن القواعد التى أقرها القضاء الفرنسى استمدتها من الدعوى البلدية : ديرانتون ٤ فقرة ٢٧٣ وما بعدها و ١٦ فقرة ٢١ - تروالون فى التقدم ١ فقرة ٢٣٠ وفى البيع ١ فقرة ٢٣٥ - ديمولوب ٩ فقرة ٤٨١ .
- (٤) انظر آنفاً فقرة ٣٧٥ .

(الفرض الأول) أن يكون سنداً تملكه الخصم صادر من شخص واحد . فيتمسك المدعى مثلاً بسند بيع صادر من شخص معين ، ويتمسك المدعى عليه (الحائز) بسند بيع آخر صادر من نفس هذا الشخص . في هذا الفرض تكون العبرة بالأسبقية في التسجيل . فإذا كان السندان مسجلين فأسبقهما تسجيلاً هو الذي يعتد به ويقضى لصالح صاحبه ، وإن كان أحدهما دون الآخر هو المسجل فصاحب السند المسجل هو الذي يقضى لصالحه . أما إذا كان كلا السندين غير مسجل . فأسبقهما في التاريخ هو الذي يعتد به ويقضى لصالح صاحبه^(١) .

(الفرض الثاني) أن يكون السندان صادرين من شخصين مختلفين ، فيتمسك المدعى مثلاً بسند بيع صادر له من (أ) ، في حين أن المدعى عليه (الحائز) يتمسك بسند بيع صادر له من (ب) . ويذهب القضاء الفرنسي في هذا الفرض إلى التمييز بين حالتين : (الحالة الأولى) أن تكون حياة المدعى عليه غير محققة ، بأن كانت غير واضحة وضوحاً كافياً (non suffisamment caractérisée) أو كانت معينة كأن تكون غامضة . ففي هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه أن يرجع المدعى عن طريق الحيازة ، ولا يبقى إلا المفاضلة بين سندی الخصمين . فالسند الذي تراه المحكمة أقوى دلالة في الإثبات تقضى لصالح صاحبه . ولا تفضل المحكمة حتماً السند الأقدم في التاريخ (le titre le plus ancien) . ولكن الأسبقية في التاريخ يعتد بها عاملاً من عوامل التفضيل إلى جانب العوامل الأخرى^(٢) . (الحالة الثانية) أن تكون حياة المدعى عليه حياة محققة مستوفية لشرائطها . وتقضى المحكمة في هذه الحالة لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق ، لأن كلا

(١) بودرى وشوفر فقرة ٢٤٩ - مازو فقرة ١٦٤٢ - ويلاحظ أنه لو كان السندان للصادران من شخص واحد ما وصيتان ، فإن صاحب الوصية اللاحقة يفضل على صاحب الوصية السابقة ، لأن الوصية اللاحقة تنسخ الوصية السابقة (محمد علي عرفة فقرة ١٨٣ ص ٢٣٢)

(٢) نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٨٩٦ الور ٩٦ - ١ - ٤٩ - أول يونيو سنة ١٨٩٧ الور ٩٨ - ١ - ٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٥ - ص ٣٥٦ - وفرب استئناف مغلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٦ ص ١٨٨ - ١٧٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠

من الخصمين قدم سنداً يعادل السند الذى قدمه الخصم الآخر ، فينهاتر السندان ، ويبقى المدعى عليه راجحاً بحيازته المحققة . ويستوى فى ذلك أن يكون سند المدعى عليه سابقاً فى التاريخ على سند المدعى أو متأخراً عنه ، كما يستوى أن تكون حيازة المدعى عليه سابقة فى التاريخ على سند المدعى أو متأخرة عنه^(١) . على أن لهذه القاعدة استثناء واحد ، هو أن يثبت المدعى أن سلفه الذى تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذى تلقى منه الحائز منده لو أن دعوى استحقاق أقامها أحدهما على الآخر . فعندئذ يكون سلف المدعى ملكيته راجحة على ملكية سلف الحائز . وقد تلقى المدعى هذه الملكية الراجعة بموجب سنده ، فيقتضى له باستحقاق العقار^(٢)

٣٧٨ - الصورة الثانية - لا يوجب سند تملك عند أى من الخصمين :

وهنا أيضاً يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون حيازة المدعى عليه حيازة قانونية مستوفية لشرائطها . فتقوم هذه الحيازة قرينة على الملكية لم يدحضها سند تملك من المدعى ، فيقتضى لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق^(٣) . وقد يكون الحائز هو المدعى ، وقد رفع دعوى الاستحقاق على المتعرض له فى الملكية كما يقع ذلك فى بعض الأحيان^(٤) . فإذا كانت حيازته حيازة قانونية مستوفية لشرائطها . قامت كذلك قرينة على الملكية لم يدحضها سند تملك من المدعى عليه . فيقتضى لصالح المدعى باستحقاق العقار^(٥) .

(١) نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيرة ٩٦ - ١ - ٣٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣١٣ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣١ - ص ٥٣٢ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٦ .

(٢) نقض فرنسى ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ سيرة ٩٦ - ١ - ١١٩ - ٧١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٦ - ١ - ١٧٥ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٢ وهاش ١٠ - بوهرى وشوفو فقرة ٢٥٠ - كولان وكاييتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ١٣١١ ص ١٠٨٨ .

(٣) نقض فرنسى ١٠ يناير سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٧٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٧٢ سيرة ٧٣ - ١ - ١٥٠ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ سيرة ٨٦ - ١ - ١٩٦ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٤٦ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ سيرة ١٩٠٥ - ١ - ٥٢٤ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٣٦٨ .

(٥) نقض فرنسى ٨ فبراير سنة ١٨٩٣ سيرة ٩٦ - ١ - ٤٤٧ - ١٨ أكتوبر سنة

(الفرض الثاني) أن تكون حيازة المدعى عليه (أو حيازة المدعى) حيازة غير مستوفية لشرائطها . فلا تكون الحيازة في هذا الفرض قرينة على الملكية . ومن ثم يفاضل القاضي بين القرائن التي يقدمها كل من الخصمين^(١) . فإذا قدم كل منهما قرينة الحيازة غير المستوفية لشرائطها . بأن حاز كل منهما العقار على التوالي ، فاضل القاضي بين الحيازتين واختار الحيازة الأفضل وقضى لصالحها . فرفض دعوى الاستحقاق أو قضى بالملكية للمدعى بحسب الأحوال^(٢) . وقد يقدم أحد الخصمين قرينة الحيازة غير المستوفية للشرائط . ويقدم الخصم الآخر قرائن أخرى كالتيك في سجل المكلفة (cadastre)^(٣) أو دفع الضرائب عن العقار المتنازع فيه^(٤) أو وجود حد ظاهر المعالم للعقار المتنازع فيه^(٥) . أو غير ذلك من القرائن^(٦) . بل قد يقدم أحد الخصمين الحيازة وبعض هذه القرائن ويقدم الخصم الآخر الحيازة أيضاً بدون أو مع هذه القرائن كلها أو بعضها . ففي جميع هذه الأحوال يفاضل القاضي دائماً بين قرائن المدعى وقرائن المدعى عليه . ويقدر أي القرائن أرجح من الأخرى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المفاضلة بين سندات الملكية التي يعتمد عليها أحد طرفي النزاع وبين سندات ملكية الطرف الآخر والتي صدرت لإثبات تصرفات قانونية هي من المسائل القانونية التي يتعين على المحكمة أن تقول كلمتها فيها . فإذا كان الحكم قد أغفل التعرض لبحث هذه المستندات والمفاضلة بينها . فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب . ولا يفنى عن ذلك اعتماد المحكمة في هذا الخصوص على ما ورد بتقرير الخبير المنتدب لإثبات الواقع في الدعوى وتطبيق مستندات الطرفين على الطبيعة (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٤) . أما المفاضلة ذاتها وتقدير أي السندات هي الأفضل : فهذه مسألة موضوعية لا رقابة عليها لمحكمة النقض كما سيأتي .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ (تقديم الحيازة الأسبق والأكثر وضوحاً : possession plus ancienne et mieux caractérisée) .

(٣) نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٨٩٤ سيرة ٩٨ - ١ - ٤٣٩ - ٩ أغسطس سنة ٩٠٠ سيرة ١٩٠١ - ١ - ٣٩٧ - ١٤ أبريل سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٤٧ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١١٩ .

(٤) أورليان ٧ فبراير سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٨ - ٢ - ١١ .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٤١٣ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٣ - ١ - ١٧٩ .

(٦) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٨ سيرة ٩١ - ١ - ٤٥٩ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٢ - ١ - ٢١٤ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٦٨ .

فيحكم لصاحب القرائن الأرجح^(١) . وتقديره هذا تقدير موضوعي لا رقابة لمحكمة التمس عليه^(٢) .

وجملة القول في هذه الصورة الثانية أن صاحب الحيابة القانونية المستوفية لشرائنها ، أو في التقليل صاحب الحيابة الأفضل إذا لم تكن الحيابة مستوفية لشرائنها أو صاحب القرائن الأرجح . هو الذي يقضى لصالحه^(٣) .

٣٧٩ - الصورة الثالثة - يوجب سند تملك عند أمر الخصم

دوره الآخر : فإذا كان من عنده سند التملك هو المدعى عليه الحائز للعقار ، قضى لصالحه ورفضت دعوى الاستحقاق . لأن المدعى عليه يكون قد جمع في هذه الحالة بين الحيابة وسند التملك . أما إذا كان من عنده سند التملك هو المدعى ، فإنه يقضى لصالحه بالملكية^(٤) . بشرط أن يكون سند تملكه سابقا على حيابة المدعى عليه^(٥) . فإن لم يكن سند تملك المدعى سابقا وكانت

(١) نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٨٦٠ دالوز ١ - ٦٠ - ١ - ٢٥١ - ٧ مارس سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٢١٦ - ١٨ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٣٦٩ - ٢٤ يناير سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٤ - ١ - ٣١٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٥١٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ - ١ - ٢١٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠ - ١ - ٢٦٦ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١١٩ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٤٠ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٦٩ سيريه ٧٠ - ١ - ٣٢ - ٥ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٨ - ١ - ٤٣٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٦٨ - ماري ورينو فقرة ٢٢٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٣ - ١ - ٢٢٤ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ٣٥٣ - ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧ - ١ - ٣٦٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٩٨ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٢٨ .

(٤) استئناف مخطط ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ .

(٥) وذلك لأنه توجد قرينة ، مادام سند التملك سابقا على الحيابة ، أن الحيابة وقت صدور سند التملك كانت عند من صدر منه هذا السند . ثم اغتصبت من (بلانيرول وريبير ، بولانجييه فقرة ٢٢٢٢) .

حيازة المدعى عليه هي السابقة ، فاضل القاضي بين الخصمين تبعاً لظروف كل قضية^(١) .

٣٨٠ - نظرة تقريبية للقضاء الفرنسي : يمكن الأخذ بكثير من القواعد

التي قررها القضاء الفرنسي في إثبات حق الملكية ، فهذه القواعد تستجيب في مجموعها لطبائع الأشياء ، وتوفق ما بين تعذر الإثبات المطلق لحق الملكية إذا لم يوجد نظام للسجل العيني وبين ضرورة إيجاد طرق للإثبات تقرب من الواقع بقدر المستطاع .

على أن القضاء الفرنسي في القواعد التي قررها سار شوطاً بعيداً في التحديد والترتيب والتمييز الدقيق ما بين حالة وأخرى ، ففقد في بعض هذه القواعد المرونة الكافية لمواجهة الحالات المختلفة بالظروف الخاصة لكل حالة منها . من ذلك مثلاً القاعدة التي تقضي بأنه إذا وجد سند تملك عند كل من الخصمين فإن السندين يتهاوران . فهذه القاعدة قد تكون سليمة في أكثر الأحوال . ولكنها على إطلاقها قد لا تكون سليمة في بعض الأحوال . وقد كان القضاء الفرنسي فعلاً ، قبل أن ينتهي إلى هذه القاعدة ، يقرر أن السند الأسبق في التاريخ هو الذي يرجح ، ثم عدل عن ذلك إلى القاعدة التي نحن بصدددها . وكان الأولى ترك القاضي حراً في تقدير أي السندين يرجح ، تبعاً لما يستخلصه من ظروف كل قضية . ومن ذلك أيضاً الاستثناء الذي يقضي بأنه عند وجود سند عند كل من الخصمين ، يجب تفضيل المدعى إذا هو أثبت أن سلفه الذي تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذي تلقى منه الحائز سنده لو أن

(١) نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٦٤ : دالوز ٦٤ - ١ - ١٢٢ - ٤ - ٨ يوليو سنة ١٨٧٤

دالوز ٧٤ - ١ - ٣٣٦ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٧ : دالوز ٩٨ - ١ - ٣٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٤

دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٨ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٦ : سيرييه ١٩٠٨ - ١ - ٣٢٩ - ٢ يناير

سنة ١٩٠٧ : دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٢٥ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٨ : جازيت دي داليه ١٩٣٨ -

٢ - ٨٩٨ - مازوفقرة ١٦٤٣ - قارن بارتان في أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٧ (سادساً) -

مارتي ورينو فقرة ٢٢٤ .

هذا وإذا قدم المدعى ، في أية صورة من الصور الثلاث المتقدم ذكرها ، قرائن أقوى ، كان للمدعى عليه أن يدفع دعوى الاستحقاق بالدفع السائفة ، الدفع بالتملك بالتقدم أو الدفع بضمان الاستحقاق أو الدفع بقوة الأمر المقتضى (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٤٣٦ - ص ٥٣٧ - وانظر أيضاً محمد علي عرفة فقرة ١٨٦)

دعوى استحقاق أقامها أحدهما على الآخر . فهذا أيضاً استثناء يقوم على محض افتراض ، إذ كيف نعرف أن سلف المدعى كان يفوز على سلف الحائز إذا لم تتم بينهما دعوى استحقاق بالفعل . وكيف تضحى الحيازة القائمة فعلاً وهى أمر محتق مجرد افتراض يتعذر فيه الوقوف عند حقيقة ثابتة ^(١) كذلك القاعدة التى تقضى بأنه إذا وجد سند عند المدعى وحده . وكان سنده سابقاً على حيازة المدعى عليه . فإن المدعى هو الذى يفضل . فهى قاعدة لا تنطوى على مرونة كافية تجعلها قاعدة عادلة فى جميع الأحوال ^(٢) .

والأولى ، فى إثبات حق الملكية . أن نقف فى بادئ الأمر عند الحيازة . فإذا استوفت هذه الحيازة شرائطها القانونية كان الحائز هو المالك ، ما لم يدحض خصمه قرينة الحيازة بقرينة أقوى . ويترك ذلك لتقدير القاضى . فإذا لم تتوافر الحيازة المستوفية لشرائطها لأى من الخصمين ، جاز التمسك بالحيازة الفعلية ، على أن تكون محض قرينة قضائية تدحضها قرائن قضائية أقوى منها . فالواجب إذن الوقوف عند الحيازة ، إلا أن ترجحها حيازة أفضل أو تدحضها قرائن قضائية أقوى . وعند تعارض القرائن ، يترك الأمر لتقدير القاضى فى ترجيح قرينة على أخرى بحسب ظروف كل قضية ^(٣) .

المبحث الثانى

عدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط

٣٨١ - نص قانونى : تنص المادة ٨٠٥ مدنى على ما يأتى :

« لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون ،

(١) انظر فى هذا المعنى پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٦ - ص ٣٥٧ .

(٢) انظر كاربونييه ص ٢٣٢ .

(٣) انظر مازو فقرة ١٦٤٥ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٦١ -

وكان أوبرى ورو يقدمان صاحب الحق الأفضل أو الأرجح (droit meilleur ou plus probable) (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٦) ، والأولى أن يقال بتقديم صاحب الاحتمالات

الأرجح (meilleures probabilités) .

وبالطريقة التي يرسمها . ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل ، (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن الدستور المصري
الذي كان ساريا في عهد هذا التقنين كان ينص في المادة ٩ منه على أن « للملكية
حرمة . فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة
في القانون . وبالكيفية المنصوص عليها فيه . وبشرط تعويضه عنه تعويضاً
عادلاً » .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري م ٧٢٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨١٤ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١٠٥٠ - ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني (٢) .
وبمخلص من النص سالف الذكر أن لحق الملكية حصانة تدرأ عنه الاعتداء ،
والمقصود بالاعتداء هنا هو الاعتداء الذي يصدر من جهة الإدارة أو من جهة
الأفراد . ولكن لما كان الاعتداء الذي يصدر من جهة الأفراد مكفولاً رده ،
في أكثر الأحيان . بدعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية وقد سبق الكلام
فيها تفصيلاً . لذلك نقصر كلامنا على الاعتداء الصادر من جهة الإدارة (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . فيما عدا أن العبارة الأخيرة من نص المشروع التمهيدى
كانت على الوجه الآتى : « أو يكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً » . وأقرت لجنة
المراجعة النص تحت رقم ٨٧٣ في المشروع النهائي . وحذفت اللجنة التشريعية بمجلس النواب عبارة
« يدفع إليه مقدماً » ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته اللجنة تحت رقم ٨٧٢ . ووافق
مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢ - ص ٢٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٥٠ (موافق - وقد وردت في التقنين العراقي عبارة « يدفع إليه
مقدماً ») .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة)

(٣) على أنه يلاحظ أن للنص ينطبق أيضاً في العلاقات الفردية ، فلا يجوز لفرد أن يحرم
مالك ماكه إلا بعد استيفاء الشروط الواردة في النص . كما هو الأمر في حق الشرب (م ٨٠٨ مدني) ،
وفي حق الحجري والمسيل (م ٨٠٩ مدني) . وفي حق المرور (م ٨١٢ مدني) . وفي هذه الحقوق
تقيد الملكية لصالح الغير . وفي هذا ضرب من الانتقاص من حق الملكية يتحملة المالك في مقابل
تعويض عادل (قانون محمد علي غرفة فقهاء ١٧١ ص ٢١٧ هامش ٣) .

ويتبين من النص أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يجوز قانوناً أن ينزع من المالك ملكه : (١) أن يكون هناك نص في القانون يجيز نزع الملك ، فلا يكفي أن يصدر بجواز نزع الملك قرار إداري مهما علت مرتبته ، بل لابد من تدخل المشرع نفسه . (٢) ويجب أن تتبع في نزع الملك الإجراءات التي رسمها القانون لذلك . فالانحراف عن هذه الإجراءات وعدم اتباعها بدقة يجعل نزع الملك باطلاً . (٣) ويجب أن يعرض المالك عن ملكه تعويضاً عادلاً . يستولى عليه مقدماً في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة (١) .

فليس بلجهة الإدارة إذن أن تمس حق الملكية ، وبخاصة لا يجوز لها أن تنزع الملكية للمنفعة العامة . إلا بعد استيفاء الشروط مألوفة الذكر . ونتكلم هنا في مسألتين : (١) مساس الإدارة بحق الملكية (٢) نزع الملكية للمنفعة العامة .

§ ١ - مساس الإدارة بحق الملكية

٣٨٢ - أعمال الإدارة الماسة بحق الملكية : لا يجوز للإدارة أن تعتدي على حق الملكية . لا عن طريق عمل مادي أو عن طريق أمر إداري . ولا يجوز لها أن تصدر الملك مصادرة عامة . ولا أن تصدر ملكاً معيناً بالذات إلا إذا كان ذلك بناء على حكم قضائي كما هو الأمر في التهريب (contrebande) وفي التزييف (contrefaçon) وفي الأدوات التي تستعمل في لارتكاب الجرائم . فالأصل إذن هو تحريم اعتداء الإدارة على الملك الخاص . ويجوز مع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وأول وسيلة لحماية المالك هو ألا تنزع منه ملكيته بغير رضاه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي رسمها ، وفي مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً . فهناك إذن قيود ثلاثة خرمات المالك من ملكه دون رضاه : (أ) لا يحرم المالك من ملكه إلا في حالة نص عليها القانون . كما هو الأمر في نزع الملكية للمنفعة العامة . (ب) كما هو الأمر أيضاً في حق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المصبل وسيأتي ذكرها . (ج) وبالطريقة التي رسمها القانون . أي بعد اتباع الإجراءات التي وضعت لضمان الحقوق المشروعة ، مثل ذلك إجراءات نزع الملكية . (د) وبعد دفع تعويض عادل للمالك يستولى عليه مقدماً قبل أن يتدخل عن ملكه . ويرسم القانون إجراءات تكفل للمالك تقدير هذا التعويض العادل فيما إذا اختلف في تقديره مع نازع الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ - ص ٢٤)

ذلك بموجب القانون وطبقا لإجراءات معينة وفي المقابل تعويض عادل . أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء على الملك استيلاء مؤقتا . وأن تضعه تحت الحراسة . وأن توهمه فينتقل من القطاع الخاص إلى القطاع العام . وأن نزع الملك جبراً على صاحبه للمنفعة العامة^(١) . ولما كنا منفرد نزع الملكية للمنفعة العامة يبحث خاص لأهميته . فنستعرض هنا في إيجاز الحالات الأخرى . وبلاحظ بوجه عام أن جميع هذه الحالات . ويدخل في ذلك نزع الملكية للمنفعة العامة . هي من مباحث القانون الإداري . ولا يعنينا منها إلا القدر الذي يكون فيه مساس بحق الملكية . لذلك سيكون الكلام في ذلك موجزاً ، ومقتصرأ على هذه الناحية .

٣٨٣ - اعتداء الإدارة على حق الملكية عن طريق أعمال مادية

أولاً عن طريق أوامر إدارية : إذا اعتدت جهة الإدارة على ملك أحد الأفراد ، ولم تنقيد بالشروط سالفة الذكر ، فلم يوجد نص في القانون يستند إليه عمل الإدارة . أو وجد ولم تتبع الإدارة الإجراءات التي رسمها القانون ، أو اتبعت هذه الإجراءات ولكن دون أن تدفع للمالك تعويضاً عادلاً . فإن عملها هذا يكون غير مشروع . ويكون اعتداء على حق الملكية يردده القضاء . ويقضى للمالك بتعويض عنه . بل ويرد الملك إلى صاحبه مادام لم يزل عنه بطريق قانوني^(٢) . ويجوز للقضاء المستعجل أن يمنع غصب الإدارة مؤقتاً ، ويحول

(١) ويورد قانون الإصلاح الزراعي سلسلة من القيود على حق التملك وعلى التصرف في الملك . وسنبعث ذلك تفصيلاً عند الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية .

كذلك قد ينزع الملك جبراً على صاحبه في التنفيذ على أموال المدين ، ولكن نزع الملكية هنا لا يرجع إلى جهة الإدارة ، بل هي مسألة مدنية محضة مكان البحث فيها قانون المرافعات .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للمالك ، الذي اغتصب ملكه وأضيف إلى المنافع العامة بغير الإجراءات القانونية لنزع الملكية ، حق مطالبة الحكومة بالتعويض . ويكون قاضي التعويض في هذه الحالة حراً في تقدير التعويض والحكم به مبلغاً متجهداً واحداً أو بقيمة العين المزروعة ملكيتها ربشواتها التعويضية (قضى مدني ٨ يوفيه سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٣٠ ص ٢٣٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٢ ص ٢٩٠ - ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥١ ص ١٤٤ - ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ - المنصورة الكلية ٢ يناير سنة ١٩٣٦ الهامة ٦ رقم ٢٦٠ ص ٣٤٣) .

دون تعبير معالم شىء قبل النصاء نهائى فى الملكية (١) .

وقد يكون اعتداء الإدارة على الملك الخاص عن طريق أعمال مادية ، كما إذا أهملت الجهة الإدارية المختصة تطهير ترعة عمامة فتعذر وصول المياه لزراعة أحد الأفراد فتلفت لزراعة . وكما إذا حترقت ممتلكات ، لأفراد نتيجة لتطهير الشرر من إحدى قاطرات السكك الحديدية . وكما إذا أنشأت الإدارة جنائية بمحاذاة ترعة فترتب على إنشاء الجنائية رشح أضرب بملك أحد الأفراد . وعلى من يتأذى من عمل الإدارة أن يثبت فى جانبها خطأ يقيم عليه مسئوليتها ، فإذا لم يثبت خطأ فلا مسئولية (٢) . وقد أخذت بعض المحاكم بنظرية الخطأ المفترض فى مسئولية الإدارة عن أعمال الاعتداء التى تقع منها على ملك الأفراد . فقضت بمسئولية الإدارة عن انكسار مواسير المياه وتسرب الماء منها إلى المنازل المجاورة وإتلافها (٣) . وعن إنشاء محطة للمجارى بجوار منزل فأدى ذلك إلى نقص قيمته (٤) .

كما يكون اعتداء الإدارة على الملك الخاص عن طريق أوامر إدارية مخالفة للقانون . فإذا صدر أمر إدارى من جهة غير مختصة فأضرب بملك أحد الأفراد ، كما إذا أصدر مفتش رى أمراً خارجياً عن حدود اختصاصه ،

(١) الإسكندرية الكلية (مستعمل) ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٠٨ - وتقول المحكمة : « إن حق الملكية وحق الحرية الشخصية أهم حقوق الأفراد . ولا يجوز الاعتداء عليهما بالطرق الإدارية . بل يجب أن يرفع النزاع فيما إلى المحاكم القضائية لأنها هى حامية حريات الأفراد وملكياتهم . ولا يصح أن تكون الأوامر الإدارية التى تعتدى على أحد هذين الحقين مانعة من هذه الحماية استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، فإن هذا المبدأ ، وإن كان سليماً فى ذاته ، إلا أن مدى تطبيقه وحدوده هى محل الاختلاف . ومن المتفق عليه عند أكثر الشراح والمحكم أن من بين هذه الحدود التى لا يجوز للأمر الإدارى أن يعتدى عليها ، ولو حاز شكله القانونى ، حرمان الإنسان من حيازة ما يملكه من عقار . إذ يعتبر الأمر الإدارى فى هذه الحالة قد فقد الصفة الإدارية وأصبح عملاً من أعمال القصد والاعتداء » .

(٢) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦٧ ص ١٧٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ ص ٦٥١ - مصر الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ٤ رقم ٣٩٨ ص ٣٥٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص ٢٤٧ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٦٨ ص ٣٤٨ .

(٤) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٧٤ ص ٤٤٣ .

تحققت مسئولية الحكومة^(١) . وإذا صدر أمر إدارى من وزير الداخلية أو المحافظ بإغلاق محالج أو مصنع مملوك لأحد الأفراد . كان الأمر الإدارى باطلا . لأن المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة لا تغلق إلا بحكم قضائى^(٢) . وقد يصدر أمر إدارى من جهة مختصة ولكن لا يتبع الإجراءات والأوضاع التى نص عليها القانون . فيكون باطلا . وبحكم على الإدارة بالتعويض . وكذلك الأمر فيما إذا صدر الأمر الإدارى مخالفا لنصوص القوانين أو مشوبا بخطأ فى تطبيقها أو تفسيرها^(٣) . ومنذ إنشاء مجلس الدولة . أصبحت الأوامر الإدارية المخالفة للقانون تعرض على القضاء الإدارى . فيحكم بإلغائها . ولا يكتفى بالتعويض كما كان يفعل القضاء العادى .

٣٨٤ - الاستيلاء المؤقت : يجوز للإدارة أن تستولى استيلاء مؤقتا مؤقتا على العقارات المملوكة للأفراد . وذلك فى الحالات الطارئة أو المستعجلة . بعد اتباع إجراءات معينة . وفى مقابل تعويض عادل . وقد نص القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة أو التحسين على حالتين للاستيلاء المؤقت . الأولى منهما يكون الغرض منها فى الواقع التهديد لنزع الملكية ومنشبر إليها عند الكلام فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، والأخرى هى التى يراد بها مواجهة ظروف طارئة أو مستعجلة وهى التى تقصر الكلام عليها هنا .

فقد نصت المادة ١٧ من قانون نزع الملكية على أنه « يجوز للمدير أو المحافظ . بناء على طلب المصلحة المختصة . فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء ، وفى سائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة ، أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها . كما يجوز فى غير الأحوال المتقدمة الاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لحلقة مشروع ذى منفعة عامة . ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء

(١) استأنف وفتى ٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٣٧ ص ٦٣ .

(٢) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢٤٠ ص ٦٠٢ .

(٣) انظر فى كل ذلك وحيد رافت و مجلة القانون والاقتصاد ٩ ص ٢٣٩ - ص ٣٢٩ -

محله على عرفة نفرة ١٧٠ - فقرة ١٧٥ .

مندوبى المصلحة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها ، بدون حاجة لاتخاذ إجراءات أخرى . وتعين المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض المستحق للنوى الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار ، وفى حجة المعارضة يكون الفصل فيها طبقا للنصوص الخاصة بالمعارضة فى التعويض المستحق عن نزع الملكية . ونصت المادة ١٨ من نفس القانون على أن «تحدد مدة الاستيلاء الموقت على العقار بحيث لا يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلى . ويجب إعادته فى نهايتها بالحالة التى كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض كل تلف أو نقض فى قيمته . وإذا دعت للضرورة إلى مد مدة الثلاث سنوات المذكورة . وتعذر الاتفاق مع ذوى الشأن على ذلك . أو أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذى كان مخصصا له . وجب على المصلحة المختصة أن تتخذ قبل مضى الثلاث سنوات بوقت كاف إجراءات نزع ملكيته . وفى هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء عليه ، وطبقا للأسعار السائدة وقت نزع ملكيته » (١) .

ويتبين من النصوص سالفة الذكر ما يأتى :

أولا - أن الاستيلاء الموقت يكون فى الحالات الطارئة المستعجلة ، كحصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء . ويجوز أيضا الاستيلاء الموقت فى غير الأحوال المتقدمة . لمجرد خدمة مشروع ذى منفعة عامة ، كما إذا احتيج إلى مكان لتخزين الأدوات المستعملة فى توسيع شارع فيستولى على العقار مؤقتا لهذا الغرض إذا لم يمكن العثور على عقار غيره .

ثانيا - أن الإجراءات الواجبة الاتباع للاستيلاء الموقت هى ما يأتى :
تقدم الجهة المختصة (وزارة الصحة أو وزارة الرى مثلا) إلى المحافظ فى المحافظة التى يوجد فيها العقار ، وتطلب منه إصدار أمر بالاستيلاء على العقار استيلاء مؤقتا ، وتبين الغرض الذى تهدف إليه من هذا الاستيلاء . فإذا رأى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون نزع الملكية : « وقد أجاز المشروع الاستيلاء الموقت بموجب قرار من المدير أو المحافظ فى حالات الطوارئ المستعجلة (م ١٧) ، موحدة المدة بما لا يتجاوز ثلاث سنوات ، بحيث إذا لم تعد العقارات إلى ملاكها بعد انتهائها ولم يتم الاتفاق على زيادتها وجب نزع ملكيتها (م ١٨) . ووجب تعويض الملاك مقابل عدم الانتفاع بالعقارات المستولى عليها . وعز أى نقص أو تلف يقع عليها . »

المحافظ أن هناك ما يبرر إجابة هذا الطلب . أصدر امرا إداريا بالاستيلاء الموقت على العقار . ويذهب مندوبو الجهة المختصة التي طلبت الاستيلاء لمعاينة العقار . وعليهم أن يثبتوا صفته ومساحته وحالته . وتجرد أن ينهى المندوبون من ذلك ، ينفذ الأمر الإداري . ويستولى فعلا على العقار وبو بالقوة اجبرية . ويحدد الأمر الإداري الصادر بالاستيلاء المدة التي يبنى فيها العقار مستولى عليه . ويجب ألا تزيد على ثلاث سنوات . ويجب تحويل الاستيلاء الموقت إلى نزع ملكية نهائي في الفرضين الآتيين . (١) إذا احتاجت الجهة المختصة إلى العقار مدة أطول من ثلاث سنوات ، وتعذر عليها الاتفاق مع المالك على مد المدة . (٢) إذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذي كان مخصصا له . ففي هذين الفرضين يجب اتخاذ إجراءات نزع الملكية . وتقدر قيمة العقار بحسب الأوصاف التي كان عليها وقت الاستيلاء عليه . وطبقا للأحكام السائدة وقت نزع الملكية .

ثالثا. — أنه يجب تعويض المالك تعويضا عادلا عن الاستيلاء الموقت . ويكون ذلك بأن تعين الجهة الإدارية التي طلبت الاستيلاء الموقت ، في خلال أسبوع من تاريخ استيلائها فعلا على العقار . قيمة التعويض المستحق للمالك في مقابل عدم انتفاعه بالعقار مدة الاستيلاء . فإن رضى المالك بهذا التقدير أخذ القيمة المعروضة عليه . وإلا خاض في التقدير أمام لجنة الفصل في المعارضات طبقا للإجراءات المقررة في المعارضة في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في نزع الملكية للخدمة العامة

٣٨٥ — الحراسة : لا نقصد بالحراسة هنا الحراسة القضائية أو الحراسة

الاتفاقية . وقد نظم كلاهما التقنين المدني . ولا نقصد الحراسة الإدارية ، وهي التي تفرضها جهة الإدارة على المرفق العام الذي يدار بطريق الالتزام في حالة توقف المرفق أو عجز الملتزم عن إدارته أو ارتكابه مخالفات جسيمة تهدد سير المرفق . وإنما نقصد حراسة الطوارئ وهي تفرض امتثالا إلى قانون الطوارئ (أو قانون الأحكام العرفية)^(١) . وهناك أيضاً حراسة التعنت ،

(١) انظر في هذا الموضوع إبراهيم الشريبي في حراسات الطوارئ القاهرة سنة ١٩٦٤ .

رو تصفية الحراسات القاهرة سنة ١٩٦٤

وهي الحراسة التي تفرض في حالة الحرب على إعتلال التعبئة العامة على أموال الأعداء . وهي تكاد تكون صورة من صور الجرائمات التي تفرض استنادا إلى قانون الطوارئ . على أن حراسة التعبئة لا تفرس إلا على رعايا دولة العدو أو رعايا دول التي وقعت معها علاقات سيادية . في حين أن حراسة الطوارئ أعم من ذلك فهي قد تفرض على أي شخص يقتضي الصالح العام فرض الحراسة على أمواله حتى لو كان من المصريين . ويلاحظ أن المشرع لم يُلجأ حتى الآن إلى حراسة التعبئة . وامتد دائما إلى حراسة الطوارئ مادامت حالة الطوارئ قد أعلنت . وقد أغنت حراسة الطوارئ من حراسة التعبئة ، وهذا هو ما وقع عقب حرب السويس إذ فرضت الحراسة على أموال الفرنسيين والبريطانيين استنادا إلى قانون الطوارئ (١) .

وقد توالى التشريعات التي تواجه حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية في مصر منذ سنة ١٩٢٣ . فصار قانون الأحكام العرفية رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، وقاد ألغى وحل محله قانون الأحكام العرفية رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ ، ثم ألغى هذا القانون الأخير وحل محله قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ الذي

(١) ويقول الأستاذ إبراهيم الشريفي : « ولقد تصورت الأهداف التي تعيها المشرع من فرض حراسات الطوارئ المختلفة في الجمهورية العربية المتحدة منذ الحرب العالمية الثانية حتى الآن ، إذ كان القصد من فرض الحراسات على أموال الألمان والإيطاليين والبلاد المحتلة منذ سنة ١٩٣٩ وما بعدها من سبي الحرب العالمية حماية أمن البلاد تنفيذاً لأحكام المعاهدة المبرمة بين مصر وبريطانيا سنة ١٩٣٦ . وكان ذلك أيضاً هو القصد من فرض الحراسة على أموال الفرنسيين والبريطانيين والمتغلبين والمراقبين عقب حرب السويس في سنة ١٩٥٦ . ثم تطور هذا القصد إلى غاية أخرى ، هي تمصير الاقتصاد عن طريق بيع المنشآت والمؤسسات الهامة التي كان يسيطر عليها البريطانيون والفرنسيون إلى المؤسسات العامة والشركات التابعة لها . حتى يمكن بذلك تلافى التهديد الدائم الذي كان يمثل في سيطرة الأجنبي عن الاقتصاد المصري وتحكمهم عن طريقه في أقدار البلاد . وبعد صدور قوانين بدله سنة ١٩٦١ التي حظفت التطبيق للاشتراكية ، استخدمت الحراسة المفروضة بالأمرس ١٣٨ و ١٤٠ سنة ١٩٦١ والحراسة المفروضة على الشركات والمنشآت وقرارات فردية منذ سنة ١٩٥٩ (والتي تسمى بحراسة الطوارئ) ، استخدمت هذه الحراسات جميعها كوسيلة لمساعدة على تحقيق الاشتراكية التي تعتبر هدفا أساسيا من أهداف الدولة ، وذلك عن طريق نقل ملكية قطاعات معينة من الأموال التي يملكها الخاضعون لحراسة إلى الشعب ممثلا في المؤسسات والشركات العامة . وهو ما حدث بالنسبة إلى بيع لمخازن السكر والكثير من الأراضي الزراعية والشركات التجارية إلى المؤسسات العامة والشركات التابعة لها ، (إبراهيم شريفي حراسات الطوارئ ص ٣٦)

لا يزال معمولاً بها حتى الآن . واستناداً إلى قوانين الطوارئ الثلاثة سالفة
لذكر أعلنت الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ في مصر عدة مرات منذ
إعلان الحرب العالمية الثانية في أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ . فقد صدر في هذا
التاريخ مرسوم أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ معلناً الأحكام العرفية في مصر استناداً
إلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، واستمر إعلانها طوال مدة الحرب حتى
ألغيت في ٧ أكتوبر سنة ١٩٤٥ . ثم أعلنت الأحكام العرفية ثانية في ١٣ مايو
سنة ١٩٤٨ بمناسبة قيام حرب فلسطين ، واستمرت حتى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٠
حيث ألغيت بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ . وأعيد إعلانها ثانية عقب حريق
القاهرة في ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ ، واستمرت إلى ٢٦ يونيو سنة ١٩٥٦ حيث
صدر القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ بإلغائها . وما لبثت أن أعلنت ثانية
عقب حرب السويس بالقرار الجمهوري رقم ٣٢٩ لسنة ١٩٥٦ الصادر في
أول نوفمبر سنة ١٩٥٦ استناداً إلى القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ ، واستمر
إعلانها بالقرار الجمهوري الصادر في سنة ١٩٥٨ استناداً لأحكام قانون الطوارئ
رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ . ثم أنهيت بالقرار الجمهوري رقم ١٣١٦ لسنة ١٩٦٤ ،
المنشور في الجريدة الرسمية في العدد الصادر في ٢ أبريل سنة ١٩٦٤

وقد فرضت حراسات كثيرة متعاقبة على أموال الأفراد منذ الحرب العالمية
الثانية ، وكذلك فرضت الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص
بالأمر رقم ١٣٨ الصادر في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٩ والأوامر التالية له وعلى
الأخص الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ ، ويطلق عليها تجوزاً «حراسة الأمن»^(١) .
وفرض الحراسة على أموال الفرد يترتب عليه غل يده عن أمواله ، فلا يملك

(١) انظر في بيان تفصيل لذلك إبراهيم الشربيني في حراسات الطوارئ ص ٤١ - ص ٤٤ ،
ويقول الأستاذ إبراهيم الشربيني : « يتخذ الأمر الصادر بفرض الحراسة إحدى صورتين :
الأولى أن يصدر الأمر بفرض الحراسة على شخص معين باسمه أو على أشخاص معينين بذواتهم ،
وعلى هذا النمط صدر الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ الذي حدد أسماء الأشخاص الخاضعين له .
الثانية أن يصدر الأمر بفرض الحراسة على الأشخاص الذين تتوافر فيهم صفة أو صفات معينة ،
كفرضها على الأشخاص الذين ينتمون بجنسية معينة أو الذين يقيمون في بلاد معينة . وعلى هذا
النمط صدر الأمر العسكري رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ الذي فرض الحراسة على أموال الأشخاص الذين
ينتمون إلى الجنسية الفرنسية أو البريطانية ، أو الذين يقيمون في الجمهورية الفرنسية أو المملكة
المتحدة » (حراسات الطوارئ ص ١٩٤) .

التصرف فيها ولا إدارتها . ويتولى الحارس ذلك نيابة عنه ، فهو الذى يدبر المال ويقبض الإيراد ويودعه لحساب الخاضع للحراسة ، ويصرف لهذا الأخير نفقة شهرية مقدرة للإتفاق منها على شؤون العيش . ويتولى الحارس نيابة عنه الوفاء بالتزاماته وديونه ، فى حدود الأموال الموجودة تحت يده لحساب الخاضع .

ولما كنا نلم بالحراسة هنا من ناحية تعلقها بحق الملكية ، فلا بد من الإشارة إلى القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعية . فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار بقانون على أن « ترفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم بمقتضى أوامر جمهورية طبقاً لأحكام قانون الطوارئ » . وكان مقتضى رفع الحراسة أن تعاد إلى الخاضعين أموالهم ، ولكن القرار بقانون سالف الذكر أمم هذه الأموال ، ولم يدفع عنها تعويضاً إلا فى حدود ثلاثين ألف جنيه ، فنصت المادة الثانية فى هذا الصدد على أن « تؤول إلى الدولة ملكية الأموال والممتلكات المشار إليها فى المادة السابقة ، ويعوض عنها صاحبها بتعويض إجمالى قدره ثلاثون ألف جنيه ، ما لم تكن قيمتها أقل من ذلك فيعوض عنها بمقدار هذه القيمة ... ويؤدى التعويض بسندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ ٪ سنوياً ، وتكون هذه السندات قابلة للتداول فى البورصة . ويجوز للحكومة بعد عشر سنوات أن تسهك هذه السندات كلياً أو جزئياً بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراع ، فى جلسة علنية ، وفى حالة الاستهلاك الجزئى يعلن عن ذلك فى الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الأقل » . وقد كانت الحراسة فى التشريع المصرى نظاماً مقصوداً به على الأخص حصر أموال رعايا الأعداء فى وقت الحرب ، وإخضاعها لنظام خاص تقتضيه حالة الحرب . فالتوسع فى الحراسة ، بما تشتمل عليه من قيود ، وما تنطوى عليه من انتقاص فى الأهلية ، وما تتضمنه من رفع الحصانة عن حق الملكية إلى حد تأمين ما زاد من المال على ثلاثين ألف جنيه دون تعويض ، ومد الحراسة حتى تشمل العدو وغير العدو . والأجنبي والمصرى ، وحالة الحرب وحالة السلم ، لا شك فى أن كل ذلك شئ جديد . على التشريع المصرى .

٣٨٦ - التأميم (*) : والتأميم أيضاً قيد يرد على حق الملكية . فتزعم الدولة ملك الشخص جبراً عنه ، ويؤول الملك للدولة في مقابل تعويض يتقاضاه المالك . وينصب التأميم عادة على ملكية مشروع خاص باعتباره أداة من أدوات الإنتاج ، فينتقل المشروع من نطاق الملكية الخاصة إلى نطاق الملكية العامة . ويتفق التأميم مع نزع الملكية للمنفعة العامة في أن كلا منهما يؤدي إلى نزع الملكية الخاصة عن صاحبها مقابل تعويض عادل . ولكن التأميم يختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة في أن التأميم ينصب على مشروع إنتاجي ، وإجراءاته سريعة ، أما نزع الملكية للمنفعة العامة فينصب على عقار مملوك لأحد الأفراد وفقاً لإجراءات طويلة يؤول العقار بعدها إلى الدولة العام .
وللتأميم طرق ثلاث :

(الطريقة الأولى) نقل ملكية المشروع مباشرة إلى الدولة فنزول شخصيته الاعتبارية ، ويتخذ شكلاً قانونياً جديداً قد يكون مؤسسة أو هيئة عامة أو شركة مساهمة عامة أو شركة من شركات الاقتصاد المختلط ، كما فعل المشرع في تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها وتأميم منشآت كبس القطن وتأميم الشركات بتصفيتها بحكم القانون . وينطوي تحت هذه الطريقة صورتان : صورة التصفية وصورة الاندماج . ففي صورة التصفية يترتب على تأميم الشركة المصفاة بحكم القانون إنشاء شخص معنوي جديد من أشخاص القانون العام ، سواء كان مؤسسة عامة أو شركة مساهمة عامة تملك الدولة كل أسهمها ، أو إنشاء شركة اقتصاد مختلط جديدة بدلاً من الشركة المصفاة ، أو إسناد المشروع إلى مؤسسة عامة

(*) مراجع : Vedel في فن التأميمات Droit Social سنة ١٩٤٦ ص ٤٩ وما بعدها - Baudin ماهر التأميم سنة ١٩٤٦ - Rivero في إصلاح المشروعات المزمعة دالوز ١٩٤٨ . Chr. ص ١٨١ - Byé, J. Morandière في التأميم في فرنسا والخارج سنة ١٩٤٨ - Laubadère في العقود الإدارية جزء ٢ - Boulouis في نظام المشروعات المزمعة . Juris. Classeur Adm. ١٠٠ - ١٠٩ (fasc.) - Jacquègnon في التأميم Savatier - Juris. Classeur Civ. من القانون المدني إلى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٦٢ - Constantin Katzarov في نظرية التأميم سنة ١٩٦٠ - أنسيكروبيدي دالتير في القانون الإداري جزء ٢ - وفي القانون الاجتماعي وقانون العمل سنة ١٩٦٠ .

فتحى عبد الصبور في الآثار القانونية للتأميم في القانون السرى - أكرم الخولد دراسات في قانون النشاط التجاري لدولة - محمد حامد الجبل في طبيعة المشروعات المزمعة

إدارية موجودة من قبل . ومن أمثلة التأميم في صورة التصفية تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها . وتأميم منشآت كنس القطن ، وتأميم شركتى السكر ، والتقطير المصرية ، وتأميم شركة سكك حديد مصر الكهربائية وواحداً عين شمس (مؤسسة ضاحية مصر الجديدة) . وتأميم الشركة المصرية للأراسى والمباني . وفي صورة الاندماج يوجد الاندماج بطريق الضم (annexion) ويتم باتفاق شركتين قائمتين على أن تنضم إحدهما إلى الأخرى ، والاندماج بطريق المزج (combinaison) ويتم بطريق خلق شركة جديدة تنشأ فيها الشركتان المندمجتان . ومن أمثلة الاندماج كصورة من صور التأميم ما قضى به القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ من نقل ملكية « شركة بواخر البومسة الخديوية » إلى المؤسسة العامة للنقل والمواصلات ، على أن تتخذ إجراءات إدماجها في الشركة العامة للملاحة البحرية وضم الشركتين إلى المؤسسة العامة للنقل والمواصلات .

(الطريقة الثانية) احتفاظ المشروع بكيانه كما كان قائماً قبل التأميم . ويقتصر الأمر على نقل ملكية الأسهم إلى الدولة كلها أو بعضها . فتنفع الدولة بما كان ينتفع به المساهمون ، مع بقاء شخصية المشروع الاعتبارية قائمة ، ومع احتفاظ الشركة بنظامها القانوني . وتمثل ذلك في تأميم البنوك وشركات التأمين والتأميم الجزئى لبعض الشركات . فأُمم البنك الأهلى بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٠ . وانتقلت ملكية البنك إلى الدولة وانتهى مؤسسة عامة ، على أن تتحول أسهمه إلى سندات على الدولة تكون قابلة للتداول ، ومع بقاء البنك المركزى للدولة . ثم صدر القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٦٠ يفصل بين البنك الأهلى والبنك المركزى ، إذ نص على إنشاء مؤسسة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة تقوم بمباشرة سلطات البنك المركزى واختصاصاته المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ ، ومنها الإشراف على تنظيم السياسة الائتمانية والمصرفية وفقاً للخطة العامة التى تضعها الدولة بما يساعد على دعم الاقتصاد القومى واستقرار النقد وإصداره ، على أن يزاول البنك الأهلى المصرى جميع العمليات المصرفية العادية بالشروط والحدود ذاتها التى تخضع لها البنوك التجارية وفقاً لأحكام القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ . ويعتبر كل من البنك الأهلى والبنك المركزى مؤسسة عامة اقتصادية ، لأن كلا منهما يمارس نشاطاً

تجاريا وماليا . وأتم بعد ذلك بنك مصر والبنك البلجيكي بالقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٦٠ . ثم أتمت سائر البنوك ، وجميع شركات التأمين ، وبعض شركات القطاع الخاص وذلك كله بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١^(١) .

(١) وتنص المادة الأولى من هذا القانون على أن « تؤم جميع البنوك وشركات التأمين في إقليم الجمهورية ، كما تؤم الشركات والمنشآت المهيئة في الجدول المرافق لهذا القانون ، وتؤول ملكيتها إلى الدولة » . وقد عدد الجدول المشار إليه جملة كبيرة من الشركات التي أتمت بموجب هذا القانون ، منها شركات الأوتوبيس في النواحي المختلفة وشركة المعاش وفنادق مصر الكبرى وفنادق الوجه القبلي والفنادق المصرية وبورصة ميناء البصل والشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية والشركة العامة للملاحة البحرية وشركة وادي كوم أمبو وشركة مياه الإسكندرية وشركات تجارة الأخشاب المتعددة وشركة مصر للتجارة الخارجية وشركات الأسمنت وشركة مصانع النحاس المصرية وشركات الصناعات والمنتجات المعدنية وشركة ملاحات البحر الأبيض وشركة ملاحة رشيد . وتنص المادة الثانية من نفس القانون على أن « تتحول أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المشار إليها إلى سندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنويا ، وتكون السندات قابلة للتداول في البورصة ، ويجوز للحكومة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كلياً أو جزئياً بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراع في جلسة علنية . وفي حالة الاستهلاك الجزئي يعلن عن ذلك في الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الأقل » . وتنص المادة الرابعة على أن « تظل الشركات والبنوك المشار إليها في المادة الأولى محتفظة بشكلها القانوني عند صدور هذا القانون ، وتستمر الشركات والبنوك والمنشآت المشار إليها في مزاولة نشاطها دون أن تسأل الدولة عن التزاماتها السابقة إلا في حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها في تاريخ التأميم . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية إدماج أي شركة أو بنك أو منشأة منها في شركة أو بنك أو منشأة أخرى » .

• وصدر في نفس اليوم (٢٠ يولييه سنة ١٩٦١) للقرار بقانون رقم ١٩٨ لسنة ١٩٦١

تنص المادة الأولى منه على ما يأتي : « يجب أن تتخذ كل من الشركات والمنشآت المهيئة في الجدول المرافق لهذا القانون شكل شركة مساهمة عربية ، وأن تساهم فيها إحدى المؤسسات العامة التي يصدر بتحديد قرار من رئيس الجمهورية بحصة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس المال » . وعدد القانون طائفة من الشركات تطبق عليها المادة سالفة الذكر ، منها شركة مصانع ياسن للزجاج وكثير من شركات المقاولات وكثير من شركات التصدير والتوريد ومن شركات الخليج والمطاحن ومصانع الغزل والنسيج . وقد أتمت هذه الشركات تأميمها كاملاً فيما بعد .

وفي نفس اليوم أيضاً (٢٠ يولييه سنة ١٩٦١) صدر القرار بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ ، وتنص المادة الأولى منه على أنه « لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يمتلك في تاريخ صدور هذا القانون من أسهم الشركات المهيئة في الجدول المرافق لهذا القانون ما تزيد قيمته السوقية عن عشرة آلاف جنيه ، وتؤول إلى الدولة ملكية الأسهم الزائدة . وتؤخذ هذه الزيادة من كل نوع من الأسهم بنسبة القيمة الزائدة إلى القيمة الكلية للأسهم ، وبحيث تعادل هذه القيمة عدداً صحيحاً من الأسهم . ولا تسري أحكام هذه المادة على الأسهم التي تملكها الهيئات والمؤسسات العامة » .

(الطريقة الثالثة) وتختص بها المرافق العامة ، وهى التأمين بحسب الالتزام . وقد بدأ التأمين فى مصر : أول ما بدأ : فى صورة استيلاء الحكومة على المرافق العامة التى عهد بإدارتها إلى الملتزمين ، بعد نهاية مدة الالتزام أو فى أثناء هذه المدة . فاستولت الحكومة على شركة ترام الإسكندرية بالمرسوم الصادر فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ بعد انتهاء مدة الالتزام . وعلى مرفق الغاز والكهرباء بالقاهرة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٤٨ بعد انتهاء مدة الالتزام كذلك ، وعلى شركة سكك حديد الدلتا فى سنة ١٩٥٣ قبل نهاية مدة الالتزام . واتخذ التأمين مظهراً سياسياً بتأميم شركة قناة السويس بالقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، فى صورة استرداد الالتزام الممنوح للشركة قبل نهاية مدته . وسحب الالتزام كذلك من شركة مياه القاهرة ، وشركة ماركوفى ، وشركات النقل العام للركاب ، وشركة ترام القاهرة ، وشركة لبيون بالإسكندرية .

وقد جعل المشرع لصاحب المشروع المؤتم الحق فى تعويض عادل فى مقابل التأمين ، ويعتبر التعويض عن التأمين مبدأ أساسياً ، وهو الذى يميز التأمين عن المصادرة . ويتخذ التعويض عن التأمين صوراً شتى . فقد يكون تعويضاً نقدياً ، كما فى حالة تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها وكما فى حالة تأميم قناة السويس وشركة مياه القاهرة . وقد يكون التعويض بتحويل أسهم المشروع إلى سندات على الدولة لصالح المساهمين أو أصحاب المشروع المؤتم ، كما وقع فى تأميم الشركات والبنوك بالقوانين رقم ١١٧ و ١١٨ و ١١٩ لسنة ١٩٦١ وتأميم منشآت كبس القطن بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٦١ وتأميم بنك مصر والبنك الأهلى المصرى . وقد يكون التعويض ، فى حالة تأميم الشركات بتصفيتها بحكم القانون وإنشاء شركة جديدة من شركات الاقتصاد

= وتنص المادة ٣ من نفس القانون على أن « تسدد الحكومة قيمة الأسهم التى آلت ملكيتها إليها بموجب سندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنوياً .. » . ولكن صدر بعد ذلك قانون يقضى بأن الشخص لا يتقاضى هذه الزيادة إلا فى حدود ١٥٠٠٠ جنيه فقط ، وبذلك آلت ملكية ما زاد على هذه القيمة من الأسهم إلى الحكومة بدون أى مقابل أو أى تعويض . وبذلك بما وقع للخاضعين للحراسة : فهو لا يتقاضون تعويضاً عن أموالهم إلا فى حدود ٣٠٠٠٠ جنيه ، فتكون الأموال الزائدة على هذا القدر قد آلت هى أيضاً إلى الحكومة دون أى مقابل أو أى تعويض . والشركات التى يسرى عليها هذا القانون هى أكبر الشركات التجارية والصناعية فى مصر ، وقد أمنت هذه الشركات بعد ذلك تأمينا كاملاً .

المختلط ، بتقويم أموال الشركة المصنفة وتقسيمها على أسهم يكون بعضها للمساهمين والباقي الآخر للدولة ، كما وقع في تصفية الشركة العامة لمصانع السكر والتكرير المصرية وشركة التقطير المصرية وإنشاء شركة مساهمة جديدة باسم شركة السكر والتقطير .

§ ٢ - نزع الملكية للمنفعة العامة

٣٨٧ - قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التعمين :
كان القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ بشأن نزع ملكية العقارات للمنافع العمومية لدى المحاكم الأهلية والقوانين المعدلة له هي القوانين التي تسرى في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة أمام القضاء الوطني . ثم صدر المرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ بإدخال أحكام جديدة فيما يتعلق بنزع الملكية للمنافع العامة . وأخيراً صدر في ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يحل محل القانونين رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ ورقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ ويلغيهما . وجاء في صدر المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٥٤ : « تنظم إجراءات نزع ملكية العقارات اللازمة للمنافع العامة الأحكام الواردة بالقانون رقم ٥ الصادر في سنة ١٩٠٧ ، وقد مضى على صدوره ما يقرب من نصف قرن تطورت خلاله أحوال البلاد تطوراً ملحوظاً في شتى وسائل الإصلاح ، وزادت أعمال المشروعات الخاصة بالرى والصرف وإنشاء الطرق والمستشفيات ودور التعليم والمنشآت العامة . وقد أصبحت أحكام هذا القانون قاصرة عن مسايرة هذا التطور . لذلك كان من الضروري وضع تشريع ينظم نزع ملكية العقارات التي تلزم لتنفيذ المشروعات ، بحيث يكفل إلى جانب حقوق ذوى الشأن سرعة القيام بهذه الإجراءات مبسطة حاسمة ، وتيسير الحاجة الملحة إلى تحقيق ثمرات المشروعات العامة للبلاد ، في أسرع وقت ممكن . وقد اشتمل مشروع القانون المرافق على المبادئ التي تحقق الأهداف المذكورة ، مع توفير الضمانات الكافية لحماية حق الملكية وكافة حقوق ذوى الشأن ، وتعويضهم عنها تعويضاً عادلاً يقتضونه في فترة وجيزة » .

ولما كان قانون نزع الملكية للمنفعة العامة هو من المباحث الرئيسية للقانون

الإدارى ، فإنه لا يعيننا منه هنا إلا الأحكام التى تندرت فيه لحماية الملكية الخاصة ، والإجراءات التى رست لضمان هذه الحماية ، وبخاصة التعويض الموزع ملكيته تعويضاً عادلاً عن ملكه .

٣٨٨ - الضمانات التى تكفل صيانة الملكية الخاصة فى قانونه نزع

الملكية للمنفعة العامة : رأينا أن المادة ٨٠٥ مدنى تنص على أنه « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون . وبالطريقة التى يرسمها ، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل » (١) . ولما كان قانون نزع الملكية للمنفعة العامة هو التطبيق المباشر لهذا النص ، فقد روعى فيه أن يشتمل على نفس الضمانات الواردة فى النص لكفالة الحماية الواجبة للملكية الخاصة . فهناك إذن ضمانات ثلاثة فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة لتأمين حصانة الملكية الخاصة : (١) عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا فى الأحوال التى يقررها قانون نزع الملكية . (٢) وجوب اتباع الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية إذا عمدت جهة الإدارة إلى نزع الملكية الخاصة . (٣) وجوب تعويض المالك الموزع ملكيته تعويضاً عادلاً .

٣٨٩ - الضمان الأول - عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا فى

الأحوال التى يقررها قانونه نزع الملكية : لا يجوز نزع الملكية إلا إذا كان ذلك تحقيقاً لمنفعة عامة . ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص ، وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية وبلصق فى مقر العملة أو البوليس وفى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار وفى المحل المعد للإعلانات بالمحافظة .

واستثناء من الحكم السالف الذكر . يجوز نزع الملكية . لا تحقيقاً لمنفعة عامة ، بل من أجل التحسين . فقد نصت المادة ٢٢ من قانون نزع الملكية على أنه « إذا كان الغرض من نزع الملكية هو إنشاء أحد الشوارع أو الميادين أو توسيعه أو تعديله أو تحديده أو إنشاء حى جديد أو لشأن من شؤون الصحة أو التحسين أو التجميل ، جاز أن يشمل نزع الملكية . فضلاً عن العقارات

اللازمة للمشروع الأصلي ، أية عقارات أخرى ترى السلطة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض المقصود من المشروع ، أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين أو التجميل المطلوب . كما يجوز نزع ملكية أية عقارات أخرى بقصد تحقيق الأغراض سالفة الذكر ، دون أن يكون ذلك مرتبطا بمشروع منفعة عامة .

وبمخلص من ذلك أن هناك حالتين يجوز فيهما نزع الملكية الخاصة :

(١) الحالة التي تريد فيها جهة الإدارة تحقيق منفعة عامة ، لشأن من شؤون التنظيم (إنشاء شارع أو ميدان أو توسيعه أو إنشاء حي جديد إلخ) ، أو الصحة أو الري ، أو الأغراض العسكرية ، أو غير ذلك من شؤون المنفعة العامة .

(٢) الحالة التي تريد فيها جهة الإدارة ، لتحقيق منفعة عامة ، بل التحسين والتجميل . والتحسين الذي تنزع الملكية لتحقيقه إما أن يكون تابعا لمشروع من مشروعات المنفعة العامة فتزاع ملكية عقارات أخرى غير العقارات اللازمة لتحقيق المنفعة العامة ، أو أن يكون مستقلا غير مرتبط بأي مشروع للمنفعة العامة فيكون نزع الملكية بقصد تحقيق التحسين أو التجميل المطلوب .

٣٩٠ - الفصل الثاني - وجوب اتباع الإجراءات التي رسمها

قانون نزع الملكية : وهذه الإجراءات تتلخص فيما يأتي :

أولا - بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين : ويصدر بذلك قرار من الوزير المختص كما سبق القول^(١) ، ويرفق بهذا القرار مذكرة ببيان المشروع ورسم بتخطيطه الإجمالي . وينشر هذا القرار على الوجه المبين فيما سبق^(٢) ، وبمجرد حصول النشر يكون لمدوني المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية الحق في دخول العقار لإجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار .

ثانيا - حصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها وعرض البيانات الخاصة بها : ويكون ذلك بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب عن المصلحة القائمة بنزع الملكية وأحد رجال الإدارة المحليين والصراف . وتحرر اللجنة ، بحضور ذوى

(١) انظر آنفا فقرة ٣٨٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٨٩ .

الشأن بعد إخطارهم بالحضور في الموعد المعين ، محصراً تبين فيه هذه العقارات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق (من ذوي الحقوق الجبئية والمستأجرين) . ويكون التحقق من صحة البيانات المذكورة بمراجعتها على دفتر المكلفات والمراجع الأخرى . وتعد المصلحة القائمة بنزع الملكية كشوقاً من وقع عملية الحصر سالفة الذكر تبين فيها العقارات التي تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التي تقدرها لهم ، وتعرض هذه الكشوف ومعها خرائط تبين مواقع هذه العقارات في المقر الرئيسي للمصلحة. وفي المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة وفي مقر العمدة أو مقر البوليس لمدة شهر . ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض : بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويخطر في نفس الوقت الملاك والمستأجرون بالإخلاء ، على أن يتم الإخلاء في مدة أقصاها خمسة شهور . وتقدم الاعتراضات من ذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة العرض وهي شهر كما قدمنا ، وتتعلق هذه الاعتراضات إما بحق على العقار فترفق به جميع المستندات المؤيدة له ، أو بالتعويض الذي قدرته المصلحة وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعويض .

ثالثاً - نقل ملكية العقار المنزوع ملكيته : فإذا لم تقدم اعتراضات أصبحت الكشوف نهائية ، ويكون أداء التعويض المقدر إلى أصحاب الحقوق ميراثاً لذمة الجهة نازعة الملكية في مراجعة الكافة ، ويوقع أصحاب هذه الحقوق نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أما إذا قدمت اعتراضات ، أو تعذر لأي سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية ، فإن الوزير المختص يصدر قراراً بنزع ملكية العقار . وتودع النماذج أو القرار الوزاري الصادر بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري ، ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع . وإذا لم تودع النماذج أو القرار الوزاري بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر بالمنفعة العامة في الجريدة الرسمية ، سقط مفعول هذا القرار بالنسبة إلى العقارات التي لم تودع النماذج أو القرار الوزاري الخاص بها .

رابعا - الاستيلاء الموقت على العقار : وفي حالة الامتنعاج قد ترى الجهة نازعة الملكية ضرورة الاستيلاء الموقت على العقار المطالب نزع ملكيته حتى تتم الإجراءات اللازمة لنزع الملكية . فيصدر بذلك قرار من الوزير المختص ينشر في الجريدة الرسمية ويشمل بيانا إجماليا بالعقار واسم المالك الظاهر مع الإشارة إلى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة . ويبلغ قرار الاستيلاء لأصحاب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، يعطون فيه مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلاء العقار . ويترتب على نشر قرار الاستيلاء في الجريدة الرسمية اعتبار العقار مخصصا للمنفعة العامة . ويكون لصاحب الشأن في العقار المستولى عليه الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلي حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية . وله خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بقيمة التعويض عن عدم الانتفاع حق المعارضة في هذا التدبير ، ويكون الفصل في المعارضة طبقا للنصوص الخاصة بالمعارضة في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية (وسيأتي بيانها) . وتعين المصالحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض ويعلن صاحب الشأن بذلك . ولا تجوز إزالة المنشآت أو المباني ذات القيمة ، في أثناء مدة الاستيلاء ، إلا بعد انتهاء الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التعويضات المستحقة تقديراً نهائياً .

٣٩١ - الفصل الثالث - وجوب تعويض المالك المزروع ملكيته

تعويضاً عادلاً : قدمنا أن المصلحة القائمة بنزع الملكية تعد كشفاً من واقع عملية الحصر تبين فيه التعويض الذي تقدره للعقار المطلوب نزع ملكيته (١) ، فإن لم يعترض المالك على هذا التقدير تقاضى التعويض المقدر . ووقع نموذجاً خاصاً بنقل ملكية العقار للمنفعة العامة ، وإيداع هذا النموذج في مكتب الشهر العقاري يترتب عليه بالنسبة إلى العقار جميع الآثار المترتبة على عقد البيع (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في تقدير ثمن الميز المزروعة ملكيتها هي بوقت نزع الملكية (نقض مدني ٢٧ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٦٣٨ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٣٥٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٩٠ .

أما إذا اعترض المالك على تقدير المصلحة للتعويض . فإن الاعتراض يقدم إلى المقر الرئيسي للمصلحة أو إلى المكتب التابع لها بمصلحة المحافظة الكائن في دائرتها العقار . ويجب أن يرفق به إذن يريد يساوي ٢ ٪ من قيمة الزيادة التي يطلبها بحيث لا يقل هذا المبلغ عن خمسين قرشا ولا يتجاوز عشرة جنيهات ، ويعتبر الاعتراض كأن لم يكن إذا لم يرفق به هذا الرسم كاملا وذلك للاستيثاق من جدية الاعتراض . وقد قدمنا أنه في حالة الاعتراض يصدر الوزير المختص قرارا بنزع ملكية العقار . ويودع القرار في مكتب الشهر فيكون للإيداع جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع (١) .

وترسل المصلحة القائمة بنزع الملكية الاعتراض . خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انقضاء مدة الثلاثين يوما المحددة لتقديم الاعتراضات ، إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار المطلوب نزع ملكيته ، ليحيله بدوره في ظرف ثلاثة أيام إلى القاضي الذي يندبه لرياسة لجنة الفصل في هذه المعارضات . ويقوم قلم كتاب المحكمة بإخطار المصلحة وجميع أصحاب الشأن ، بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ، بالتاريخ المحدد لنظر المعارضة . وتشكل لجنة الفصل في المعارضات الخاصة بالتعويضات برياسة هذا القاضي الذي ندبه رئيس المحكمة وعضوية اثنين من الموظفين الفنيين ، أحدهما عن مصلحة المساحة والثاني عن المصلحة القائمة بنزع الملكية ، يختارهما وزير الأشغال بالاتفاق مع الوزير المختص . وتفصل اللجنة في المعارضة خلال شهرين من تاريخ ورودها إليها .

وللمصلحة القائمة بنزع الملكية ولأصحاب الشأن الحق في الطعن في قرار لجنة المعارضات أمام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانهم بالقرار المذكور . وتنظر المحكمة في الطعن على وجه الاستعجال ، ويكون حكمها فيه نهائيا .

والمعارضة في التعويض لا تحول دون حصول ذوي الشأن على المبالغ المقدرة بمعرفة المصلحة . وإذا تعذر الدفع لأي سبب كان ظلت المبالغ مودعة بأمانات المصلحة مع إخطار ذوي الشأن بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب

بعلم الوصول . ويكون دفع التعويض لذوى الشأن ، أو إخطارهم بتعذر الدفع ، مبرراً للذمة المصلحة من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع في حالة استيلاء المصلحة على العقار تمهيداً لنزع ملكيته .

ويراعى ، فيما يتعلق بالتعويض ، تطبيق القواعد الآتية : (١) إذا كانت قيمة العقار الذى تقرر نزع ملكيته لأعمال التنظيم في المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذى منفعة عامة ، فلا تحسب هذه الزيادة في تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ في المشروع السابق . وإذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة في غير مشروعات التنظيم داخل المدن ، وجبت مراعاة هذه الزيادة أو النقصان في تقدير التعويض ، بحيث لا يزيد المبلغ الواجب إضافته أو إسقاطه عن نصف القيمة التى يستحقها المالك مقابل نزع الملكية . (٢) العقارات التى يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة في مشروعات التنظيم في المدن دون أخذ جزء منها ، يلزم ملاكها بدفع مقابل هذا التحسين بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذى نتج عنه هذا التحسين . ويسرى هذا الحكم إذا كان نزع الملكية لمشروعات التنظيم في المدن قاصراً على جزء من العقار ، ورأت السلطة القائمة على أعمال التنظيم أن احتفاظ المالك بالجزء الباقى من العقار لا يتعارض مع الغاية من المشروع المراد تنفيذه . (٣) العقارات اللازم نزع ملكية جزء منها تشتري بأكملها ، إذا كان الجزء الباقى منها يتعذر الانتفاع به ، ويكون ذلك بناء على طلب يقدمه صاحب الشأن . (٤) لا يدخل في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المباني أو الفراس أو التحسينات أو عقود الإيجار أو غير ذلك ، إذا ثبت أنها أجريت بقصد الحصول على تعويض أزيد ، وذلك بغير إخلال بحق صاحب الشأن في إزالة هذه التحسينات على نفقته الخاصة بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه . وكل ما يعمل أو يتخذ من هذا القبيل بعد نشر القرار المقرر للمنفعة العامة في الجريدة الرسمية يعتبر أنه أجرى للغرض المذكور . ولا يدخل في تقدير التعويض . (٥) دعاوى النسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية لا توقف إجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها ، وينتقل حق الطالين إلى التعويض . (٦) يجوز للسلطة القائمة على

أعمال التنظيم ، من حالة نزع الملكية لتحسين أو لتجميل أو لإنشاء حي جديد ، تأجيل دفع الثمن أو التعويض المستحق عن كل عقار تجاوز قيمته ألف جنيه لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، وبفائدة قدرها ٤ ٪ من قيمة المبالغ الموجلة ، وتدفع الفائدة في نهاية كل سنة (١) .

(١) والتعويض عن نزع الملكية على النحو المألف الذكر غير التعويض عن استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الحكومة قد استولت على عقار جبراً عن صاحبه بدون اتباع إجراءات قانون نزع الملكية ، ورفع صاحب العقار دعوى يطالب بقيمته وقت رفع الدعوى ، فإن الحكم بتقدير ثمن العقار بقيمته وقت الاستيلاء دون وقت رفع الدعوى يكون غير صحيح في القانون . ذلك أن استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ، وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للخاص . ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محتفظاً بملكيته رغم هذا الاستيلاء ، ويكون له الحق في استرداد هذه الملكية إلى أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو إذا احتار هو المطالبة بالتعويض عنه . وفي الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المتضرر من أي عمل غير مشروع ، له أن يطالب بتعويض الضرر سواء في ذلك ما كان قائماً وقت نصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٨٣) .

الباب الثاني

القيود التي ترد على حق الملكية

٣٩٢ - **نوع القيود التي ترد على حق الملكية :** لما كان حق الملكية ، كما قدمنا ، حقا غير مطلق ، فإن القيود التي ترد عليه من شأنها أن تؤكد هذا المعنى . وقد تعددت هذه القيود ، وتنوعت ، وتكاثرت بخاصة في العهود الأخيرة عندما أخذت المذاهب الاشتراكية في الانتشار . وكان الهدف الرئيسي لهذه المذاهب هو حق الملكية ، فطالبت بإلغائه فيما يتعلق بوسائل الإنتاج . ونجم عن ذلك أن أخذت النظم القانونية ، حتى غير الاشتراكية منها ، تقيد من حق الملكية ، وتكثر من القيود التي ترد عليه ، وقد بينا فيما تقدم^(١) مدى الوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية .

وسنرى فيما يلي كيف تنوعت هذه القيود ، فبعض منها يتقرر للمصاحبة العامة ، وبعض آخر يتقرر للمصاحبة الخاصة ، وبعضها يرد على حق الملكية بعد قيامه ، وبعضها يرد على الحق في التملك قبل قيام حق الملكية . وكثير من هذه القيود يرجع إلى الجوار ، سواء الجوار بوجه عام ، أو الرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسبل ، أو التلاصق في الجوار كوضع الحدود بين الجيران المتلاصقين وحق المرور في أرض الجار وحق فتح المظلات والمناور على ملك الجار .

٣٩٣ - **طبيعة هذه القيود وهل هي مقنونة ارتفاق ؟ :** حق الارتفاق كما سنرى ذلك في موضعه ، هو حق يتقرر على عقار لمصاحبة عقار آخر ، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المأوف لحق الملكية ، إذ الأصل أن يكون حق الملكية خاليا من القيود إلا تلك التي فرها

(١) انظر تنفا فقرة ٣٢٢ وما بعدها .

للقانون . فما تقرر من قبله - غير القيود التي تعتبر هي التنظيم العام لحق الملكية - فخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاق . أما تلك القيود التي فرضها القانون ، ما تقرر منها للمصلحة العامة ، أو ما تقرر للمصلحة الخاصة كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسبل ووضع الحدود بين الجيران المتلاصقين وحق المرور في أرض الجار وحق فتح المجلات والمناور على ملك الجار ، هذه القيود التي فرضها القانون والتي تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق . فقد قدمنا أن حق الارتفاق في معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف ، بل هي ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية^(١) .

وينبني على أن هذه القيود القانونية ليست بحقوق ارتفاق ما يأتي :

١ - إذا باع شخص عقلاً مملوكاً له ، وضمن للمشتري خلوه من حقوق ارتفاق ، ثم تبين أن هناك قيوداً قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسبل أو من نحو حق مظل أو حق مرور ، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاق كما قدمنا ، بل هي التنظيم الطبيعي المألوف لحق الملكية . وكان على المشتري أن يدرك أن هذه القيود موجودة دون أن يذكرها له البائع ، لأنها قيود قررها القانون لينظم تنظيمها عاماً حقوق الجيران بعضهم قبل بعض . ولم يقصد البائع ، من ضمانه خلوه العقار من حقوق ارتفاق ، أن يضمن خلوه العقار من هذه القيود ، فهي قيود فرضها القانون وعلى المشتري أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلوه العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق لا القانون ، وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية^(٢) .

٢ - فإذا ضمن البائع خلوه المبيع من حق ارتفاق للمطل ، فهو لا يضمن بذلك خلوه المبيع من حق المظل القانوني إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانوني على الملكية . وإنما يضمن للمشتري خلوه المبيع من حق ارتفاق

(١) ديمولومب ١١ فقرة ٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ .

(٢) كولان وكايتان ودى لامورانددير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ - الوسيط ٤ فقرة

٣٥٨ ص ٧٠٣ هامش ١ والمراجع المشار إليها ، حسن كبيرة فقرة ٦٤ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ .

للمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطلا على مسافة أقل من المسافة القانونية (١) .

٣ - تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتلدوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه الحقوق حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالَت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح مبدأ لحيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فإذا زال انحباس الأرض بعد خمس عشرة سنة لم يكن لمالك هذه الأرض أن يدعي أنه كسب حق المرور القانوني بالتقادم . ولو كان حق المرور اتفاقيا ، لملكه بالتقادم المكسب (٢) .

وقد كان التقنين المدني السابق يعتبر هذه القيود القانونية الواردة على حق الملكية حقوق ارتفاق قانونية ، فرجع التقنين المدني الجديد عن هذا الاتجاه وسار في اتجاه أدق ، إذ فصل ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو الذي يبناه فيما تقام وبين القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . وأورد هذه القيود في مكانها الصحيح عندما عرض لقيود الملكية ، ولم يضعها في الفصل الذي عرض فيه لحق الارتفاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وضع المشروع فى حق الارتفاق نصرا تقرر القواعد للعامه فى هذا الموضوع ، بعد أن فصل ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وبين القيود القانونية التى ترد على حق الملكية ، وكثيراً ما تسمى بحقوق الارتفاق القانونية (٣) » .

(١) كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .

(٢) حسن كيرة فقرة ٦٤ ص ٢٠١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١ - وتقول أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وانتقل المشروع بعد ذلك إلى ما يرد على الملكية من قيود ، وهى نوعان : قيود قانونية وقيود اتفاقية . فالقيود القانونية قد تتضمنها تشريعات خاصة تصدر لتقييد حق الملكية مراعاة لمصلحة عامة أو لمصلحة خاصة حذيرة بالرعاية . وقد تكون قيودا تقتضيها التزامات الجوار .. وقد تكون ما يسميه التقنين الحالي (السابق) بحقوق الارتفاق ، وقد نقلها المشروع من المكان المخصص لحقوق الارتفاق إلى المكان الذى ينبغى أن توضع فيه بين القيود القانونية التى ترد على حق الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦) .

على أن هذه المسألة قد اختلفت فيها الأنظار . فمن الفقهاء في فرنسا من يذهب إلى أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق قانونية ، وإن كان يسلم بأن الأصل في حق الارتفاق أنه قيد برد استثناء على حق الملكية على خلاف الوضع المألوف^(١) . ومن الفقهاء من يميز بين القيود المقررة للمصلحة العامة وهذه ليست حقوق ارتفاق وإنما هي قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة ، وبين القيود المقررة للمصلحة الخاصة : وفي هذه يفرق بين القيود المتعلقة بالمياه وبوضع الحدود والتحويط وبالحائط المشترك وهذه قيود وليست حقوق ارتفاق ، وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور وهي ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق^(٢) . والغالبية من الفقهاء يذهبون صراحة إلى أن كل هذه القيود إنما هي قيود ترد على حق الملكية . وليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح^(٣) .

والفقه المصري هو أيضاً منقسم . ففي حين أن القلة من الفقهاء تذهب إلى أن هذه القيود القانونية هي حقوق ارتفاق حقيقية^(٤) . أو إلى أن بعض هذه القيود تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية (ارتفاقات المياه والمرور) وبعضها ليس إلا مجرد قيود ترد على حق الملكية^(٥) . فإن الكثرة من الفقهاء تأخذ بالرأى الصحيح وهو الرأى الذى سار عليه الثنتين المدنى الجديد ، فتعتبر أن هذه

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨١٨ ص ٥٣٥ - ص ٥٣٦ - دانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ - دانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٣٦٧٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ - ص ٨٠٦ .

(٢) بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها - مازق وريينو فقرة ١٤٤ وقرة ١٤٤ مكررة - كاربرانيه ص ١٨٤ - ص ١٨٥ .

(٣) ديمولومب ١١ فقرة ٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ - چوسران ١ فقرة ١٩٦٨ - دى پاچ ٥ فقرة ٩٤٢ - مازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضاً فقرة ١٣٨٢ - وقرب كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .

(٤) شفيق شحاتة فقرة ٣٣٠ - ومع ذلك انظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وهامش ٣ حيث يورد حكم محكمة استئناف مصر فى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٣٧٦ فى المعنى العكسى .

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٧٨ - منصور منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ - ص ٩٧ (ومع ذلك انظر ص ٩٧) .

القيود جميعاً إنما هي قيود ترد على حق الملكية وليست حقوق ارتفاق حقيقية^(١) .

٣٩٤ - تقسيم قيود الملكية إلى قيود للمصلحة العامة وأخرى للمصلحة

الخاصة - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٦ مدني على ما يأتي :

« على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة . وعليه أيضاً مراعاة الأحكام الآتية »^(٢) .

والنص . كما نرى . يقسم القيود التي ترد على حق الملكية إلى قيود متعلقة بالمصلحة العامة وأخرى تتعلق بالمصلحة الخاصة . ولم يتفق الفقهاء على تقسيم واحد لقيود الملكية . بل تنوعت طرائقهم في هذا التقسيم . ونحن نؤثر أن نجاري التقنين المدني في التقسيم الذي أخذ به ، ونبحث في فصلين متعاقبين القيود التي ترد على حق الملكية لحماية المصلحة العامة وتلك التي ترد لحماية

(١) محمد علي عرفة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - إسماعيل غانم فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢ - حسن كبيرة فقرة ٦٤ - محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٣٧٣ ص ٤٠١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ولم يكن نص المشروع التمهيدى يشتمل على عبارة « في استعمال حقه » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٧٤ في المشروع النهائي ، بعد أن أضافت عبارة « في استعمال حقه » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦ - ص ٢٧)

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « تبدأ سلسلة القيود القانونية التي ترد على حق الملكية بنص يشير إلى القوانين الخاصة ، وما يلحق بها من مراسيم ولوائح تتعلق بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ويكون من شأنها التنفيذ من حق الملكية ، وذلك كقانون نزع الملكية وقوانين الآثار وقانون المحلات المقلقة للراحة ولائحة الترع والحدود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية امغارية اللبناني لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

المصلحة الخاصة . مع ملاحظة أن ما يرد من القيود لحماية المصلحة الخاصة قصد به أن ينهى إلى حماية المصلحة العامة عن طريق حمايته للمصلحة الخاصة .

الفصل الأول

قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة

٣٩٥ - **نوعاه من القيود :** ويمكن . في القيود التي تتعلق بالمصلحة العامة . التمييز بين نوعين :

(النوع الأول) قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه .

(النوع الثاني) قيود يقررها القانون قبل قيام حق الملكية ، فهي واردة على حق التملك في ذاته . ونبحث منها القيود التي قررها قانون الإصلاح الزراعي والقيود التي ترد على حق الأجانب في تملك العقار بمصر

الفرع الأول

قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه

٣٩٦ - **نص قانوني :** تنص المادة ٨٢٢ مدني على ما يأتي :

« المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المنصورة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة في اللوائح . وبالشروط التي تفرضها »^(١)

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٣/٤١^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٣ في المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٩١ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٢ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٢ - ص ٧٣) .

(٢) تقنين المدني السابق م ٦٣/٤١ : محلات التعامل والآبار وآلات السحار والمخلات المنصورة بالجيران يجب أن تبني بالبعد عن المساكن بالمسافات المقررة باللوائح . على مقتضى الشروط المبينة بها (واتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

م ٧٧٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٣١ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي . ولا في قانون الملكية العقارية اللبناني (١) .

وهذا النص تطبيق مباشر لما سبق أن قررته المادة ٨٠٦ مدني فيما رأينا (٢) من وجوب أن يراعى المالك في استعمال حقه ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة (٣) . وقد خص النص بالذكر المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المفضرة بالجيران . ويمكن إجمالها فيما يسمى بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة .

وهناك قيود أخرى كثيرة ترد على حق الملكية للمصلحة العامة ، قررتها القوانين والمراسيم واللوائح . وليس هنا مقام حصر هذه القيود . إذ هي تدخل في مباحث القانون الإداري .

وقد مر بنا بعض من هذه القيود في مواطن متفرقة . منها حقوق الارتفاق الإدارية (٤) . ونزع الملكية للمنفعة العامة (٥) . والاستيلاء الموقت (٦) . والحراسة (٧) . والتأميم (٨) .

ونقتصر هنا على استعراض بعض القيود الأخرى المقررة للمصلحة العامة : في إيجاز تام . فتناول أولاً ما عرضت له المادة ٨٢٢ مدني مألوفة الذكر

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٧ (مطابق) - وانظر أيضاً م ٩٦٧ .

التقنين المدني الليبي م ٨٣١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٩٤ .

(٣) أما بقية القيود القانونية التي أوردها التقنين المدني فتتعلق بالمصلحة الخاصة . وسنعرض لها تفصيلاً فيما يأتي .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٨ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٨٧ وما بعدها .

(٦) انظر آنفاً فقرة ٣٨٩ .

(٧) انظر آنفاً فقرة ٣٨٥ .

(٨) انظر آنفاً فقرة ٣٨٦ .

من القيود المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، وتركيب الآلات البخارية . ثم نخرج على طائفة أخرى من القيود تتعلق بالزراعات الممنوعة ، وبحماية الآثار التاريخية .

ولا جدوى من محاولة ترتيب هذه القيود وتصنيفها ، فهي قيود متناثرة متشعبة (١) . وحل دراستها التفصيلية هو كما قدمنا القانون الإداري .

٣٩٧ - المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة : يتقيد ملاك

المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة (Établissements incommodes, insalubres et dangereux) ، في إنشاء محل من هذه المحال أو تشغيله . بوجوب الحصول على رخصة من جهة الإدارة تعطى للمالك مقدما . وتجب الرخصة أيضاً فيما إذا نقل المحل من مكان إلى مكان آخر ، أو أحدث في المحل تغيير من شأنه تعديل كيفية التشغيل تعديلا كلياً يتعلق بالراحة وبالصحة وبالأمن العام (انظر م ١ وم ٤ من القانون رقم ١٣ الصادر في ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤) (٢) . وقد وضع المشرع اشتراطات ومواصفات تتحتم مراعاتها في إنشاء هذه المحال . وهدف منها إلى المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته . وقد قضت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة في هذا الصدد بأن الأهداف التي يهدف إليها المشرع في القانون رقم ١٣ لسنة

(١) ويصنف الأستاذ محمد كامل مرسى أهم هذه القيود على الوجه الآتي : « أولا - القيود المقررة للمنفعة العامة كنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء الموقت على العقارات للمنفعة العامة في حالة حصول غرق مثلا أو قطع جسر إلخ - ثانيا - القيود المقررة لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة . مثل القيود المختصة بالتنظيم ، أو التي تجب مراعاتها في إنشاء العزب والزرائب ، أو المحال العمومية ، أو المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، أو إقامة الآلات الرافعة ، أو تركيب الآلات البخارية ، أو إحداث الحفر أو البرك . أو حواجز السكك الحديدية ، أو تسوير الأراضي الغداء إلخ - ثالثا - القيود المقررة لمصلحة الزراعة ، مثل القيود الملزم باتباعها مالكو الأراضي المجاورة للترع والمصارف ونحوها ، والقيود الخاصة بوقاية القطن والزرروعات الأخرى - رابعا - القيود المقررة لتسهيل الملاحة الجوية - خامسا - القيود المقررة للمصلحة الحربية . مثل إنشاء مناطة خطر حول القلاع - سادسا - القيود الموضوعية لحفظ الثروة الأهلية وإنعامها . مثل القيود الخاصة بالحد من مخوها ، وحماية الآثار التاريخية - سادسا - القيود المقررة لمصلحة المالية . كالزراعات الممنوعة ، (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٢١) .

(٢) انظر استئناف نسط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٨ .

١٩٠٤ بشأن المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . وفي اللائحة المرافقة لهذا القانون . وفي الاشتراطات والمواصفات التي تتحتم مراعاتها في إنشاء هذه المحلات : إنما تنحصر في المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته . ويترتب على ذلك أن استعمال الحق الخول بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ بلجهة الإدارة في قبول أو رفض الرخيص في إنشاء هذه المحلات، تبعاً لما تراه من ملاءمة أو عدم ملاءمة مواقعها يجب أن يكون منوطاً بتونحي الأغراض التي منحت من أجلها هذا الحق . فإذا ما انحرفت جهة الإدارة في استعماله عن هذه الأغراض . وكان رائدها في تصرفها تحقيق غاية أخرى لا تمت لهذه الأغراض بسبب . فإن قرارها في هذا الشأن يكون مخالفاً للقانون . مشوباً بإساءة استعمال السلطة . وبالتالي يكون واجب الإلغاء^(١) .

وإلى جانب الرخصة سألغة الذكر . يجب على كل مالك لأحد هذه المحال أن يتبع أوامر جهة الإدارة . وللجهة المذكورة الحق في أى وقت أن تقرر ما تراه ضرورياً من الأحكام والإجراءات الخاصة فيما يتعلق بأوضاع المحل الداخلية . والآلات المستعملة فيه . وكيفية التشغيل . والساعات التي يمكن العمل فيها . حرصاً على الذين يترددون إليها أو يشتغلون فيها أو يقيمون بجوارها (م ٣ من اللائحة التنفيذية الصادرة في ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٤ بتنفيذ القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤^(٢)) . وتقضى المادة ٦ من اللائحة التنفيذية المذكورة بالألا دخل للحكومة مطلقاً فيما يكون للغير من العلاقات مع المرخص له بإنشاء وتشغيل محل مقلق للراحة ومضر بالصحة وخطر ، بل يكون المرخص له هو المسئول عن كل عمل يحدث ضرراً أو غير ذلك بسبب إنشاء المحل أو لأى سبب آخر .

وقد صدر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٩ بإجازة تحديد مناطق صناعية في المدن ومجاوراتها . وتقضى المادة الأولى منه بأنه يجوز في المدن ومجاوراتها أن تحدد منطقة أو أكثر تخصص دون غيرها لما ينشأ أو يدار من المصانع والمعامل

(١) محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام مجلس

الدولة ؛ رقم ٢٢ ص ١٠٤ .

(٢) انظر استئناف مختلف ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٢ .

والورش وغير ذلك من المحال المملوكة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة التي تعين بترار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير التجارة والصناعة . وتعين بمرسوم المدن ومجاوراتها التي يسرى عليها هذا القانون . ومع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ بشأن المحال المملوكة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة والأمر العالي الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بشأن الآلات البخارية . لا يجوز داخل المدن ومجاوراتها المخصص لها مناطق صناعية لإنشاء أو إدارة محل من المحال المشار إليها في المادة الأولى المتقدمة أو الترخيص في شيء من ذلك في غير هذه المناطق .

٣٩٨ - تركيب الآلات البخارية : وهناك قيود على تركيب الآلات البخارية شبيهة بالقيود التي أسلفناها فيما يتعلق بالمحال المملوكة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . فقد اشترط الأمر العالي الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ والمعدل بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٣٧ الحصول على رخصة من جهة الإدارة لتركيب آلة بخارية أو مرجل (قزان) . أو لإحداث تغيير كلي في الآلة البخارية المرخص بها . أو لترميمها ترميها هاما من شأنه تعديل كيفية تشغيلها ، أو لنقلها إلى اسم شخص آخر ، أو لنقلها إلى مكان آخر . وذلك حرصا على الراحة والأمن العام والصحة .

ويفرق القرار الصادر من وزارة الأشغال في ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بتنفيذ الأمر العالي سالف الذكر بين الآلات البخارية التي تزيد قوة مراجلها على ستة خيول وتلك التي لا تزيد قوة مراجلها على ذلك . وتشترط شروطا تتعلق بالبعد عن المساكن والجسور والطرق العامة . وبارتفاع المدخنة . وبغير ذلك من القيود . بالنسبة إلى كل من النوعين (١) .

(١) وفيما يتعلق بالآلات رفع المياه انظر المواد ٤٤ - ٥٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن الري والصرف (المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ وبالقانون رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦) . وتقضى المادة ٤٥ من هذا القانون بأنه لا يجوز بغير ترخيص من مفتش الري إقامة أية آلة من الآلات الرافعة التي تدار بالمائية كالمائية أو الثابتة لرفع المياه من النيل أو من أحد المجاري العامة أو الخاصة وذات الانتفاع المشترك ، أو لتصريف مياه الصرف في النيل أو في أحد المصارف العامة أو في البحيرات . وتقضى المادة ٤٦ بأنه لا يجوز بغير ترخيص من مفتش الري إقامة أو إدارة آلة محركية أو طلمعة أو أى جهاز من الأجهزة التي تحركها إحدى الآلات الدبنة أو =

٣٩٩ - الزراعات الممنوعة : يقضى الأمر العالى الصادر فى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٠ . المعدل بالأمر العالى الصادر فى ١٠ مايو ١٨٩٢ . بمنع زراعة الدخان والتبناك فى جميع أنحاء مصر . ومن يزرع دخانا أو تبناكا يعاقب بغرامة قدرها ٢٠٠ جنيه عن كل فدان أو جزء من فدان ، فضلا عن مصادرة الزراعة وإتلافها . والسبب فى هذا المنع يرجع إلى أسباب تتعلق بالخزانة العامة ، إذ هى تعتمد كثيراً فى إيراداتها على الرسوم الجمركية للوارد على مصر من الدخان والتبناك .

ويقضى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٤٤ بمنع زراعة الحشيش . وذلك لأسباب صحية . ويعاقب من يزرع الحشيش بالحبس من ٦ شهور إلى سنتين وبغرامة من ١٠٠ جنيه إلى ٢٠٠ جنيه عن كل فدان أو جزء من فدان .

ويقضى المرسوم بقانون الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٢٦ والمعدل بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٠ بمنع زراعة الحشخاش (أبو النوم) . وذلك لما تحقق من أن الأفيون الخام الناتج من الزراعة المحلية يباع سرّاً كمادة مخدرة . ويعاقب المخالف بالحبس مدة لا تزيد على ٦ شهور وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيتها أو بإحدى هاتين العقوبتين . وينزع المحصول ويعدم بواسطة رجال الإدارة بناء على طلب وزارة الزراعة .

٤٠٠ - حماية الآثار التاريخية : كان القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ يتكفل

بحماية الآثار . والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ يتكفل بحماية آثار العصر العربى . ثم صدر القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ يلغى هذين القانونين (فى المادة ٣٦ منه) ويحل محلهما (١) .

= المتقلة التى تدار بالبخار أو بالغاز أو بالكهرباء أو بالهواء أو بقوة الماء أو بأحد الطرق الآلية (الميكانيكية) الأخرى ، لرفع المياه من النيل أو أحد المجارى العامة أو الخاصة ، أو لتصريف مياه الصرف فى النيل أو فى أحد المصارف العامة أو الخاصة أو فى إحدى البحيرات . وتقضى المادة ٥٣ بأنه يجوز لوزارة الأشغال العمومية (وزارة الري) أن تقرر نقل أية آلة أو طلبية أو جهاز أعطى عنه ترخيص ، أو نقل الأعمال التى أنشئت من أجلها . إلى موقع آخر ، لمنع الخطر عن الحسور أو عن منشآت الري الأخرى ، أو بسبب إنشاء أعمال جديدة أو تعديل أعمال قائمة ذات منفعة عامة . وذلك كله على نفقة الحكومة

(١) فى صيغة ١٢٦ هامش ١ من هذا الكتاب . فى نسخة دكة دحور تحت التماثيل =

ومن القيود التي فرضها قانون الآثار رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ سالف الذكر على حق الملكية لحماية الآثار التاريخية ما نص عليه في المادة ٧ منه من أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثاً عن الآثار . ولو كانت الأرض مملوكة لهم . إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية بعد أخذ رأى المصلحة المختصة وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » . فنع صاحب الأرض من الحفر في أرضه بحثاً عن الآثار ، إلا بترخيص ، قيد يرد على الملكية الخاصة لحماية الآثار .

ولما كانت الآثار تعتبر في الأصل من الأموال العامة ، فكل من يعثر مصادفة . ولو في ملكه الخاص ، على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو في باطنها . يجب عليه أن يبلغ عنه في الحال وأن يسلمه للسلطة المختصة ، وإلا اعتبر مستولياً على أثر بغير ترخيص . ووقعت عليه العقوبة المقررة في المادة ٣٠ من قانون الآثار .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار . على سبيل الحصر : الآثار والتي تعتبر مملوكة ملكية خاصة . وهذه هي الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار في المجموعات الخاصة أو في حيازة تجار العاديات . والآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة طبقاً لأحكام القانون . والآثار المنقولة المكررة التي تعطيها الحكومة بطريق البذل أو تنصرف فيها بالبيع أو التنازل ، والآثار المستوردة من الخارج ، وآثار العصر المسيحي وما تلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ويكون قد تم تسجيلها دون أن تنزع الدولة ملكيتها ، والآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغنى عنه . وقد أورد قانون الآثار على هذه الملكية الخاصة للآثار قيوداً للمصلحة العامة التي تقتضى حماية الآثار . ونذكر من هذه القيود ما يأتي :

- ١ - يجب على مالك الأثر العقارى المسجل أن يبلغ الوزارة المختصة عن كل تصرف فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التصرف (م ١٨ من قانون الآثار) .
- ٢ - لا يجوز نقل أى أثر إلى أية جهة داخل الدولة المصرية إلا بعد إخطار

= والصورة المعروضة في المتاحف العامة ضمن الأملاك العامة ، أثير ما إلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ ، ولم نشر إلى القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ الذي ألغى القوانين مائتي المذكور وحل محلهما ، وهو القانون المعمول به الآن .

المصلحة المختصة : ولا يجوز تصديره إلى الخارج إلا بترخيص من الوزير المختص بعد موافقة المصلحة المختصة (م ٢٥ وم ٢٦ من قانون الآثار) .

٣ - يجوز للوزير المختص أن يصدر قرارا بالاستيلاء على أى أثر منقول إذا رأت المصلحة المختصة أن للدولة مصلحة في اقتنائه . وذلك في مقابل تعويض يمنح للمالك الأثر تقدره لجنة خاصة . وللمالك المعارضة فيه أمام المحكمة الابتدائية المختصة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إلى المالك بكتاب موصى عليه مع علم وصول (م ٢٧ من قانون الآثار) .

٤ - إذا تقرر تسجيل أى أثر منقول مملوك لفرد أو هيئة . يعد هذا الفرد أو الهيئة حائزاً لأثر مسئولاً عن المحافظة عليه وعدم إحداث أى تغيير فيه . ولا يجوز له نقله أو التصرف فيه إلا بالقيود السالف الإشارة إليها (م ٢٨ من قانون الآثار) .

الفرع الثانى

قيود ترد على الحق فى التملك

المبحث الأول

قيود واردة فى قانون الإصلاح الزراعى

٤٠١ - ما اشتمل عليه قانون الإصلاح الزراعى من القيود :
اشتمل المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى ، الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . وما تلاه من قوانين معدلة له . على كثير من القيود . أهمها الحد الأقصى الجائز تملكه من الأراضى الزراعية . وتحديد العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وما تضمن ذلك من قيود متعلقة بالحد الأقصى للأجرة . والحد الأدنى لمدة الإيجار . وإيجاب الكتابة فى انعقاد الإيجار . وعدم جواز تأجير الأرض الزراعية إلا لمن يتولى زراعتها بنفسه . وعدم جواز زيادة ما ينتفع به الشخص من الأراضى الزراعية على خمسين فدانا أو على القدر الجائز له تملكه أيهما أكثر . وامتداد عقود إيجار الأراضى الزراعية بحكم القانون . وكذلك النصوص التى تهدف إلى الحد من تجزئة

الأراضي الزراعية ومنع تفتت الملكية الزراعية . وقد سبق أن بحثنا المسائل الخاصة بتحديد العلاقة ما بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وما تضمنه ذلك من قيود متعددة . عند الكلام في عقد الإيجار^(١) . وكذلك بحثنا مسألة اخذ من تجزئة الأرض الزراعية والمسائل التي يثيرها قانون الإصلاح الزراعي بالنسبة إلى بيع الأراضي الزراعية . عند الكلام في عقد البيع^(٢) .

ولما كنا هنا بصدد القيود التي أوردتها قانون الإصلاح الزراعي فيما يتعلق بحق تملك الأراضي الزراعية . فنقتصر بحثنا على هذه المسألة . ونبين الحد الأقصى الجائز تملكه من هذه الأراضي . والأصل أنه لا يجوز لشخص أن يملك من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان . ويرد على هذا الأصل بعض الاستثناءات .

§ ١ - الأصل العام

٤٠٢ - الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانونه

سنة ١٩٥٢ : أول ما صدر من قوانين الإصلاح الزراعي هو المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . وقد صدر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . ويعتبر هو الأصل . وما جاء من القوانين بعده هي قوانين معدلة له ، مع بقائه على حاله في الأحكام التي لم تعدلها هذه القوانين .

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتي : « لا يجوز لأي شخص أن يملك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان . وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا . ولا يجوز تسجيله » . ونرى من ذلك أن الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية^(٣) بحسب

(١) انظر الوسيط ٦ فقرة ٧٣٠ وما بعده .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٧ - فقرة ٢٠٢ .

(٣) ولا يبرى قانون الإصلاح الزراعي إلا على الأراضي الزراعية . فلا يبرى على أراضي إنشاء وهي الأراضي الداخلة في كردون البنادق والبلاد الخاضعة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشروط معينة . والأراضي المقام عليها بناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم خدمتها ، والأراضي الفضاء التابعة لبناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها (انظر التفسير التشريعي رقم ١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة ٣ من التفسير التشريعي رقم ١ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالمادة ٣ من التفسير التشريعي رقم ٤ لسنة ١٩٥٣) .

قانون سنة ١٩٥٢ ، هو ٢٠٠ فدان . فإذا زادت ملكية الفرد وقت نفاذ هذا القانون على هذا الحد ، استولت الحكومة على المقدار الزائد . وتنص المادة ١/٣ و ٢ من القانون في هذا الصدد على ما يأتي : « تستولى الحكومة في خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يتجاوز مائتي الفدان التي يستبقها المالك لنفسه . على ألا يقل المستوى عليه كل سنة عن خمس مجموع الأراضي الواجب الاستيلاء عليها . ويبدأ الاستيلاء على أكبر الملكيات الزراعية ، وتبقى للمالك الزراعة القائمة على الأرض وثمار الأشجار حتى نهاية السنة الزراعية التي تم خلالها الاستيلاء » . وقد اتخذ القانون احتياطات وقائية لمنع التحايل على أحكامه ، فنص في المادة ٣/٣ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتي : « ولا يعتد في تطبيق أحكام هذا القانون : (١) بتصرفات المالك ولا بالرهن التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ . (ب) بتصرفات المالك إلى فروعته وزوجه وأزواج فروعته ، ولا بتصرفات هؤلاء إلى فروعهم وأزواجهم وأزواج فروعهم وإن نزلوا ، متى كانت تلك التصرفات غير ثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ ، وذلك دون إضراراً بحقوق الغير التي تلقوها من المذكورين بتصرفات ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ . (ج) بما قد يحدث منذ العمل بهذا القانون من تجزئة بسبب الميراث أو الوصية للأراضي الزراعية المملوكة لشخص واحد ، وتستولى الحكومة في هذه الحالة على ملكية ما يتجاوز مائتي الفدان من هذه الأراضي في مواجهة الورثة والموصي لهم . وذلك بعد استيفاء ضريبة التركات » . ونرى من ذلك أن القانون اتخذ احتياطات ثلاثة : (أولاً) افترض أن المالك ، قبل استيلاء الحكومة على المقدار الزائد من أرضه ، قد مات وترك أكثر من وارث وقد يكون أوصى بجزء من أرضه . وترتب على ذلك أن الورثة والموصي لهم اقتسموا تركته مورثهم وهي تزيد على مائتي فدان ، فلم يصب الواحد منهم أكثر من هذا المقدار . فالعبرة في هذه الحالة بتاريخ نفاذ القانون لا بتاريخ موت المورث ، وتستولى الحكومة على ملكية ما يتجاوز مائتي الفدان من تركته المورث - إذ يفترض بقاؤه حياً حتى يوم الاستيلاء - في مواجهة الورثة والموصي لهم . وذلك بعد استيفاء ضريبة التركات . (ثانياً) افترض القانون أن المالك قد تصرف بعد أول يناير سنة ١٩٤٤ (تاريخ فرض رسم

الأبلولة على التركات) في جزء من أرضه أو فيها كلها إلى زوجه وفروعه وأزواج فروعه . وذلك تهرباً من قانون ضريبة التركات ، ويقضى هذا القانون بعدم الاعتداد بهذه التصرفات بالنسبة إلى الضريبة إذا مات المورث في خلال خمس سنوات من وقت التصرف . فلم يعتد قانون سنة ١٩٥٢ هو أيضاً بهذه التصرفات بالرغم من بقاء المورث حياً حتى سنة ١٩٥٢ ، وأدخل جملة ما تصرف فيه المالك ضمن الباقي عنده في حساب المائتي الفدان الحد الأقصى للملكية الزراعية . ولم يعتد إلا بالتصرفات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ ، ثم أضاف المشرع . بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ ، إلى التصرفات الصادرة إلى الزوج والفروع وأزواج الفروع ، ما عسى أن يكون قد صدر من تصرفات من هؤلاء إلى أزواجهم وفروعهم وأزواج فروعهم وإن نزلوا . إذ افترض التواطؤ في هذه التصرفات المتعاقبة . ومع ذلك نص القانون على عدم الإخلال بحقوق الغير التي تلقوها ممن سبق ذكرهم يتصرفات ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ ، أما بعد هذا التاريخ فلا يعتد بهذه التصرفات . (ثالثاً) افترض القانون أن المالك بعد يوم ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ . وقد توقع صدور قانون الإصلاح الزراعي . قد بادر إلى التصرف في أرضه أو إلى رهنها للغير متواطئاً معه . فلم يعتد القانون بتصرفات المالك ولا بالرهون التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ (١).

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن المادة الثالثة من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه لا يعتد في تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات المالك التي لم يثبت تاريخها قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ ، وقد أراد الشارع بذلك القضاء على التصرفات الصورية التي تبرم بغية الفكك من أحكام هذا القانون ، فاعتبر جهة الإصلاح الزراعي من طبقة «الغير» ، وشرط للاعتداد بهذه التصرفات في مواجهتها أن تكون ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٦٢ - مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٥ ص ٥٦٥) . وانظر أيضاً في أن هذه التصرفات غير ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ ، وإن كان لا يعتد بها في مواجهة الإصلاح الزراعي ، تظل صحيحة وناقذة فيما بين عاقدتها ، بحيث إذا اختار المالك الأطلاق موضوع هذه التصرفات فليس لجهة الإصلاح الزراعي أن تعترض على التصرفات حكم النقض السابق ونقض ٣ يناير سنة ١٩٦٣ - مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣ ص ٣٧ .

ونصت المادة ٤ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣١١ لسنة ١٩٥٢ وبالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ وبالقانون رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٣٩٧ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتي : « يجوز مع ذلك للمالك . خلال خمس سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون . أن يتصرف بنقل ملكية مالم يستول عليه من أطيانه الزائدة على مائتي فدان على الوجه الآتي : (ا) إلى أولاده بما لا يجاوز خمسين فدانا الوالد : على ألا يزيد مجموع ما يتصرف فيه إلى أولاده على المائة فدان . فإذا توفي المالك قبل الاستيلاء على أرضه دون أن يتصرف إلى أولاده أو يظهر نية عدم التصرف إليهم . افترض أنه قد تصرف إليهم في الحدود السابقة ، ويتم توزيع ما افترض التصرف فيه على أولاده طبقا لقانون المواريث . (ب) إلى صغار الزراع بالشروط الآتية : ... (ج) إلى خريجي المعاهد الزراعية بالشروط الآتية : ... ولا يجوز للمالك . سواء كان تصرفه إلى صغار الزراع أو إلى خريجي المعاهد الزراعية : أن يطعن في التصرف بالصورية بأي طريق كان . ولو بطريق ورقة الضد . ولا يكون التصرف صحيحا إلا بعد تصديق المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها العقار » (١) . وفي هذا النص توسعة على الملاك

= وإلى جانب هذه الاحتياطات الثلاثة ، أضاف قانون سنة ١٩٥٢ ما يأتي : (١) م ١٧ (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣) : يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا عن مصادرة ثمن الأرض الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يتعمد من مالكي الأراضي التي يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تقويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها . وكذلك يعاقب بالحبس كل من يتصرف تعريفا يخالف المادة الرابعة مع علمه بذلك . وكذلك يعاقب بالحبس كل من يخالف أحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الرابعة مكررة . ثم أضيفت بالقانون رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣ المادة ١٧ مكررة وتجرى بما يأتي : « يعنى من العتاب بما في ذلك المصادرة كل بائع أو شريك باءر من تلقاء نفسه بالرجوع عن التصرف المخالف لقانون ، أو بإبلاغ الجهات المختصة أمر هذه المخالفة » . (٢) م ٢٥ : ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٣ تفرض ضريبة إضافية على ما يزيد على مائتي فدان بنسبة خمسة أمثال الضريبة الأصلية . وقد قصد بهذا النص المساواة ما بين الملاك الذين استول على أراضيهم في السنوات الأولى ، وهؤلاء الذين استول على أراضيهم فيما بعد إذ يدفعون ضريبة إضافية على المقدار الزائد على الحد الأقصى إلى يوم الاستيلاء على هذا المقدار .

(١) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٣ ، يقضى بأن تتول الهيئة العامة للإصلاح الزراعى إدارة واستغلال الأراضي المستولى عليها المخصصة للحدائق ، ويجوز قهينة أن =

الزراعيين . يجوز للمالك : طبقا للنص . أن يستبقى من أرضه مائتي فدان لنفسه . ومائة فدان لأولاده . ومقدارا آخر غير محدد يتصرف فيه إلى صفار الزراع وإلى خريجي المعاهد الزراعية بالشروط المنصوص عليها في القانون (١) . ونصت المادة ٥ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتي : « يكون لمن استولت الحكومة على أرضه . وفقا لأحكام المادة الأولى . الحق في تعويض يعادل عشرة أمثال القيمة التجارية لهذه الأرض . مضافا إليه قيمة المنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار . وتقدر القيمة التجارية بسبعة أمثال الضريبة الأصلية ... وإذا كانت ملكية الأرض لشخص وحق الانتفاع لآخر . استحق مالك الرقبة ثلثي التعويض والمنفعة الثلث » . ونصت المادة ٦ (المعدلة بالقانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتي : « يؤدي التعويض سندات على الحكومة بفائدة سعرها ٣٪ تستهلك في خلال ثلاثين سنة . وتكون هذه السندات اسمية ولا يجوز التصرف فيها إلا لمصرى . ويقبل أدائها ممن استحقها من الحكومة لأول مرة أو من ورثته في الوفاء بضمن الأراضي البور التي تشتري من الحكومة ، وفي أداء الضرائب على الأطنان التي لم يسبق ربط ضرائب عليها قبل العمل بهذا القانون ، وفي أداء ضريبة التركات والضريبة الإضافية على الأطنان المفروضة بموجب هذا القانون . ويصدر مرسوم . بناء على طلب وزير المالية والاقتصاد . بتعيين مواعيد وشروط استهلاك هذه السندات وشروط تداولها » . وقد عدلت هذه المادة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨ . فأصبحت السندات الإسمية بفائدة سعرها ١ ١/٢٪ فقط . وتستهلك هذه السندات في خلال أربعين سنة . ولكن

= تتصرف في هذه الأراضي إلى شركات المساهمة التي تنشأ أو تساهم في رأس مالها أو إلى الجمعيات التعاونية التي تشرف عليها أو غيرها ، وذلك وفقا للقواعد والشرط التي يصدرها قرار من رئيس الجمهورية . كما يجوز لها أن تمهد بإدارة هذه الأراضي إلى شركات المساهمة أو إلى الجمعيات التعاونية المذكورة .

(١) وهناك تومعة أخرى ، إذ نصت المادة ٢ حرف ب من قانون سنة ١٩٥٢ على ما يأتي : « ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتي فدان من الأراضي البور والأراضي الصحراوية لاستصلاحها ، ولا يسرى على هذه الأراضي حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك . هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة » . وقد عدل النص بالقانون رقم ١٢٨ لسنة ١٩٥٧ الذي عدل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٨ .

الحكومة ، فيما بعد . ألغت التعويض المستحق للملاك المستولى على أراضيهم ، سواء بحكم قانون سنة ١٩٥٢ أو بحكم قانون سنة ١٩٦١ . وأصبح الاستيلاء دون أى مقابل أو تعويض بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ .

٤٠٣ — الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٦١ : وبقي الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية مائتي فدان إلى سنة ١٩٦١ . ثم صدر القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ تنص المادة الأولى منه على ما يأتي : « لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان . ويعتبر في حكم الأراضي الزراعية ما يملكه الأفراد من الأراضي البور ، والأراضي الصحراوية . وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » . فأصبح الحد الأقصى لتملك الفرد للأراضي الزراعية مائة فدان فقط . ويدخل فيها الأراضي البور والأراضي الصحراوية بعد أن كانت هذه الأراضي لا تدخل بحسب قانون سنة ١٩٥٢ في حساب المائتي فدان إلى خمس وعشرين سنة من وقت تملكها .

ونصت المادة الثالثة من قانون سنة ١٩٦١ على أن « تستولى الحكومة على ملكية ما يجاوز الحد الأقصى الذى يستبقيه المالك » . ولم يحدد القانون مهلة لإتمام الاستيلاء كما حدد قانون سنة ١٩٥٢ مهلة مقدارها خمس سنوات على النحو الذى قد ناه . وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٦١ أن القانون يعطى « للهيئة العامة للإصلاح الزراعى الحق في الاستيلاء في تاريخ العمل به . فإذا تراخى صدور قرار الاستيلاء على الأقطان الزائدة لدى أحد الملاك ، فإن ربع الأراضي المستولى عليها لا يكون من حق الهيئة إلا من تاريخ صدور قرار الاستيلاء . وهو الوقت الذى يتحول فيه حق المستولى عليه في الربع إلى فائدة على السندات طبقاً لأحكام المادة ٥ التى تقرر استحقاق الفائدة من تاريخ الاستيلاء . فإذا ظلت الأرض الزائدة تحت يده بعد صدور قرار الاستيلاء . فحينئذ تربط عليه بالإيجار حتى يتم للهيئة العامة للإصلاح الزراعى تسلمها منه » (١) .

(١) وقد صدر القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٦١ (يضيف فقرة ثانية إلى المادة السادسة

من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١) وينص على ما يأتي : « يتعين على واضع اليد على الأراضي المستولى عليها طبقاً لأحكام هذا القانون ، سواء كان هو المسئول لديه أو غيره ، أن يستمر في وضع »

ولم يبح قانون سنة ١٩٦١ . كما أباح قانون سنة ١٩٥٢ ، للمالك أن يتصرف في المقدار الزائد على الحد الأقصى للأرلااد بما لا يتجاوز مائة فدان أولى صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية شروط خاصة على ما بينا فيما تقدم ، بل إن الحكومة تستولى على كل المقدار الزائد على المائة فدان . والعبرة في تحديد هذا القدر الزائد بما يملكه الفرد وقت نفاذ قانون سنة ١٩٦١ (١) .

وفما يتعلق بالتعويض الذي يعطى للمالك عما استولت عليه الحكومة من أرضه ، تنص المادة ٤ من قانون سنة ١٩٦١ على أن : يكون لمن استولت الحكومة على أرضه ، تنفيذاً لأحكام هذا القانون ، الحق في تعويض يقدر وفقاً للأحكام الواردة في هذا الشأن بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه ، وبمراعاة الضريبة السارية في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . فيجب إذن الرجوع إلى المادة ٥ من قانون سنة ١٩٥٢ في تقدير التعويض ، وقد أوردنا نصها فيما تقدم (٢) . فيكون للمالك الحق في تعويض يعادل عشرة أمثال القيمة التجارية للأرض المستولى عليها : مضافاً إليها قيمة المنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار . وتقدر القيمة التجارية بسبعة أمثال الضريبة الأصلية ، وإذا كانت ملكية الرقبة لشخص وحق الانتفاع لآخر ، استحق مالك الرقبة ثلثي التعويض والمنتفع الثلث .

أما طريقة أداء التعويض ، فقد نصت المادة ٥ من قانون سنة ١٩٦١ بأن يؤدي التعويض سندات اسمية على الدولة لمدة ١٥ سنة (بدلا من ٤٠ سنة في قانون سنة ١٩٥٢) ، وبفائدة قدرها ٤ ٪ (بدلا من ١,٥ ٪ في قانون سنة ١٩٥٢) محسوبة من تاريخ الاستيلاء . ويجوز للحكومة استهلاك هذه السندات كلياً أو جزئياً بالقيمة الاسمية بعد عشر سنوات (٣) . وقد ألغى هذا التعويض

= يده عليها ، ويعتبر مكلفاً بزراعتها مقابل سبعة أمثال الضريبة يدفعها سنوياً إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي .

(١) وكان يوم ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ هو تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية ، فلا يتم في تطبيق حكم الاستيلاء ، بتصرفات المالك إذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ .

(٢) انظر آتياً فقرة ٤٠٢ .

(٣) وتنص المادة ٧ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨) على أنه : إذا كانت الأرض التي استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، =

بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ كما سبق القول^(١) .

٤٠٤ - التملك لما يزيد على الحد الأقصى : وبعد أن تمت تسوية الملكية الزراعية على أساس قانون سنة ١٩٥٢ ، ثم على أساس قانون سنة ١٩٦١ ، أصبح المالك لأرض زراعية في الوقت الحاضر لا يجاوز ما يملكه مائة فدان وهو الحد الأقصى المقرر بقانون سنة ١٩٦١ . ولا يجوز بعد ذلك ، حتى لو استجد سبب في المستقبل لتملك أرض زراعية ، أن يزيد ما يملكه الفرد على مائة فدان . وأسباب كسب الأرض الزراعية التي تستجد بعد فرض الحد الأقصى المتقدم ذكره إما أن يرجع لإرادة المالك ويتضمن ذلك العقد والأخذ بالشفعة والاستيلاء ، أو ترجع لواقعه مادية أو لإرادة غير إرادة المالك ويتضمن ذلك الميراث والوصية والالتصاق والتقادم .

فأسباب التي ترجع إلى إرادة المالك ، ويكون من شأنها أن تزيد في أرضه الزراعية بحيث تجاوز الحد الأقصى ، يجب تعطيل مفعولها وشل إرادة المالك إذ هي مخالفة للقانون . ومن ثم نصت المادة الأولى من قانون الإصلاح

- استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق . والحكومة ، إذا لم تحمل محل الدين في الدين ، أن تستبدل به سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات في مدة لا تزيد على أربعين سنة . وإذا كان الدين ينتج فائدة سعرها يزيد على ٣٪ (أصبحت ١٢٪) تحملت الحكومة الزيادة في سعر الفائدة بعد خصم ما يراعى مصاريف التحصيل وتبعية الديون المدومة . ولم يرد في قانون سنة ١٩٦١ نص يخالف هذه الأحكام ، فيجب تطبيقها في ظل هذا القانون . فيعطى للدائنين أصحاب حق الرهن أو الاختصاص أو الامتياز سندات بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات في مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة (مدة استهلاك سندات التعويض) ، وتستنزل قيمة هذه السندات من التعويض المستحق للمالك . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٢ ص ٣٠ - ص ٣١ .

ولا تتحمل الحكومة بالدين إلا في حدود التعويض المستحق عن الأرض (تفسير تشريعي للجنة العليا بالقرار رقم ٤ لسنة ١٩٥٣ المادة ٢) ، ويبقى المالك مدينا بالمقدار الزائد من الدين ، وتكون أرضه الباقية له وسائر أمواله كافلة لهذا المقدار الزائد . ويجب على الدائنين اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لقانون الإصلاح الزراعي : فإن لم يفعلوا برزت ذمة الحكومة قبلهم في حدود ما يتم صرفه من تعويض للمالك ، ولا يبقى للدائنين إلا الرجوع على المالك في أمواله . وتتحمل الحكومة فوائد الدين من تاريخ الاستيلاء على الأرض حتى تاريخ قيام الحكومة بسداد الدين للدائن أو صرف السندات له (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٢ ص ٣٠ حاشي ٢) .

(١) انظر أيضا فترة ٤٠٢ ص ٦٥٥ - ص ٦٥٦ .

الزراعى . منذ صدور قانون سنة ١٩٥٢ وبعد تعديله بقانون سنة ١٩٦١ ،
 على أن كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ،
 ولا يجوز تسجيله . والتعاقد الناقل للملكية يشمل البيع والمقايضة والهبة ،
 فإذا باع شخص إلى آخر أرضا زراعية أو وهب إياها ، فزادت الأرض الزراعية
 التى يملكها المشتري أو الموهوب له بسبب هذا البيع أو هذه الهبة على مائة فدان ،
 كان البيع أو الهبة عقداً باطلا ولا يجوز تسجيله . كذلك إذا قابض شخص
 شخصا آخر فأعطاه أرضا زراعية وأخذ منه دارا أو أعطاه أرضا زراعية
 مساحتها أكبر من الأرض الزراعية التى أخذها منه ، فترتب على المقايضة
 أن زادت الأرض الزراعية التى يملكها الشخص الآخر على مائة فدان ،
 فإن المقايضة تكون باطلة ولا يجوز تسجيلها . ويستوى فى بطلان العقد الناقل
 للملكية أن يكون المتصرف له مالكا قبل العقد مائة فدان فيكون ما ملكه بالعقد
 مقدارا زائداً على الحد الأقصى كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل
 ذلك مائة فدان ، أو أن يكون مالكا قبل العقد أقل من مائة فدان فكسب
 بالعقد ما يجعل مجموع ما يملكه أكثر من مائة فدان كما لو اشترى أربعين
 فدانا وكان يملك قبل العقد ثمانين فدانا . وفى الحالة الثانية يكون العقد باطلا
 فى الأربعين فدانا كلها لا فيما يجاوز مائة فدان فحسب ، وذلك لأن النص على
 البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، ولأن الصفقة لا تنجز فلا يمكن جعلها
 صحيحة فى عشرين فدانا على الشيوع وباطلة فى العشرين الأخرى وقد يتضرر
 من تجزئتها البائع أو المشتري أو كلاهما . والعقد الذى يعتبر باطلا هو العقد
 الذى يصدر فى تاريخ غير سابق على ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ تاريخ نفاذ قانون
 سنة ١٩٦١ ، أو العقد غير الثابت التاريخ . أما العقد الثابت التاريخ السابق
 على ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ فإنه يكون صحيحا ويجوز تسجيله ، فإن كان من
 شأنه أن يجعل المتصرف له يجاوز حد النصاب الجائز تملكه . استوت الحكومة
 على ما يجاوز هذا النصاب (١) . وكالتعاقد الناقل للملكية الأخذ بالشفعة ،

(١) يجب التمييز فى هذا الصدد بين حالتين : (الحالة الأولى) بيع (أو تصرف آخر ناقل
 للملكية) يصدر من يملك أكثر من مائة فدان ولو ترتب على البيع أن يصبح البائع لا يملك أكثر
 من مائة فدان ، فهذا البيع إن صدر فى ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو كان غير ثابت التاريخ
 فلا شك فى بطلانه بصريح نص المادة ٢/٣ من قانون سنة ١٩٦١ . وإذا كان البيع ثابت التاريخ =

فلا يجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان^(١). كذلك لا يجوز

= قبل ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ فلا شك في صحته ووجوب الاعتداد به، فإن قانون سنة ١٩٦١ صريح في عدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة من المالك ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١، والفهم من ذلك أن هذه التصرفات الثابتة قبل ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ يعتد بها ويجوز تسجيلها. (الحالة الثانية) بيع (أو أي تصرف آخر ناقل للملكية) يصدر من شخص إلى شخص آخر فيجعل مجموع ما يملكه المشتري أكثر من مائة فدان، وهذه الحالة الثانية هي التي يسرى عليها نص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٦١ ويقضى بأن «كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز تسجيله». فإن كان البيع قد صدر في ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو كان غير ثابت التاريخ، فهنا أيضاً لا شك في بطلان البيع بصريح نص المادة الأولى سالفة الذكر. وإذا كان البيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١، فقد أجمعت الآراء على أن البيع صحيح، ثم اختلفت فيما بعد ذلك. فرأى يذهب إلى أن البيع صحيح ولكن لا يجوز تسجيله، فينسخ لاستحالة الالتزام بنقل الملكية (انظر من هذا الرأي إسماعيل غانم فقرة ١٣ ص ٢٢ هامش ١ - حسن كيرة فقرة ٧٩ ص ٢٥٤ هامش ١). ورأى آخر يذهب إلى أن البيع صحيح ويجوز تسجيله، ومن ثم لا ينفسخ بل يكون نافذاً (انظر من هذا الرأي عثمان حسين عبد الله في شرح أحكام قانون الإصلاح الزراعي في مصر سنة ١٩٥٣ ص ١١ - ص ١٣ - والمؤلف في الوسيط، فقرة ٢٠٠ ص ٣٦١). ويستند الرأي الثاني الذي نقول به على المادة الأولى من قانون سنة ١٩٦١، فهي تنص كما رأينا على أن «كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز تسجيله». خالطلان هنا مستند من النص، وهذا النص لا يعمل به إلا من يوم ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١. فكل تعاقد صحيح ثابت التاريخ قبل يوم ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ لا ينسحب عليه النص فيجعله باطلاً، وإلا كان للنص أثر رجعي ولم يصرح قانون سنة ١٩٦١ بأن له هذا الأثر. والمركز الثابت في المراد معرفة حكمه هنا ليس هو التعاقد الذي يتم تسجيله فينقل الملكية، بل هو مجرد التعاقد الناقل للملكية. فليس لنا أن نقول - كما قال أصحاب الرأي الأول - إننا أمام كسب الملكية بالعقد وهو وضع قانوني مركب ولا يتم تكوينه إلا بتوافر عنصرين: انعقاد العقد صحيحاً من ناحية وتسجيله من ناحية أخرى. والصحيح في نظرنا أننا أمام وضع قانوني بسيط وهو مجرد التعاقد الناقل للملكية. والتسجيل يأتي بعد ذلك، فإن كان هذا التعاقد صحيحاً وجب تسجيله إذا طلب صاحب الشأن ذلك. أما الذي لا يجوز تسجيله في أحكام قانون سنة ١٩٦١ فهو التعاقد الصادر في ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو التعاقد غير الثابت التاريخ، إذ أن هذا هو التعاقد الباطل، ومن ثم لا يجوز تسجيله.

ويترتب على ما قلنا أنه لو أن شخصاً يملك ١٢٠ فدانا باع إلى شخص آخر يملك ١٠٠ فدان مقدار ٢٠ فدانا من أرضه بعقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١، فإن البيع يكون صحيحاً ويجوز تسجيله. وتنتقل ملكية العشرين فدانا إلى المشتري فيصبح ما يملكه ١٢٠ فدانا، وتستول الحكومة على العشرين فدانا عنده هو لا عند البائع.

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨.

للشخص أن يملك بالامتياز - عندما كان ذلك جائزا - أرضا مباحة بحيث يصبح مائكا لأكثر من مائة فدان . إذ الامتياز يقوم على نية التملك أو على إرادة المستولى فلا يكون لهذه الإرادة الباطلة أثر .

والأسباب التي لا ترجع إلى إرادة المالك هي كما قدمنا الميراث والوصية والانتصاف والتفاد . فإذا كان الشخص يملك مائة فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التفاد ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائة فدان . صح التملك . ولكن تستولى الحكومة على المقدار الزائد على المائة فدان^(١) . وقد منح المالك سنة يستطيع فيها أن يتصرف في المقدار الزائد على المائة فدان ، واشترطت المادة ٢ من قانون سنة ١٩٦١ (على خلاف قانون سنة ١٩٥٢) أن يصدر التصرف إلى صغار الزراع الذين يصدر بتعريفهم وبشروط التصرف إليهم قرار من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي . فإذا انقضت السنة . وبقي عند المالك ما يزيد على مائة فدان . استولت الحكومة على المقدار الزائد^(٢) .

٤٠٥ - الحد الأقصى لملك الأسرة للأرض الزراعية : لم يضع قانون سنة ١٩٥٢ حداً أقصى لملك الأسرة للأرض الزراعية ، فكان يجوز أن تملك الأسرة الواحدة أكثر من مائتي فدان بشرط ألا يملك واحد من أفرادها أكثر من مائتي فدان . والمقصود بالأسرة هنا الزوج والزوجة والأولاد القصر ، أما الأولاد البالغون من الرشد فلا يحسبون ضمن أفراد الأسرة بهذا المعنى الضيق ، إذ أن من بلغ سن الرشد تصبح له شخصية مستقلة وله حق التصرف

(١) انظر في كل ما تقدم الوسيط ٤ فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠١ .

(٢) وقد نصت في هذا المعنى المادة ٢ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ (المعدلة بالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٦١) على أنه « إذا زادت ملكية الفرد عن القدر الجائز تملكه قانونا بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بنير طريق التعاقد ، كان له أن يتصرف في القدر الزائد خلال سنة من تاريخ تملكه . على أن يتم التصرف في هذا القدر إلى صغار الزراع الذين يصدر بتعريفهم وبشروط التصرف إليهم قرار من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي . وتستل الحكومة على الأبطالان الزائدة نظير التعويض الذي يحدد طبقاً لأحكام هذا القانون . إذا لم يتصرف المالك خلال المدة المذكورة أو تصرف على خلاف أحكام هذه المادة . وتسرى أحكام هذه المادة بالنسبة للملكية التي تؤول إلى الشخص بالميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بنير طريق التعاقد بعد العمل بهذا القانون » .

في أمواله فلا تكون هذه الأموال تحت تصرف أبيه ، وبصلح هو بدوره أن يكون رب أسرة . وعلى ذلك كان يجوز لأسرة مكونة من زوج وزوجة وثلاثة أولاد قصر ، في ظل قانون سنة ١٩٥٢ ، أن يملكوا ألف فدان ، إذ يجوز لكل من هؤلاء الخمسة أن يملك مائتي فدان . ومن أجل ذلك صدر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ يضيف النص الآتي إلى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ : « لا يجوز أن تزيد على ثلثمائة فدان من تلك الأراضي جملة ما يمتلكه شخص هو وزوجه وأولاده القصر ، إذا آلت الزيادة إليهم أولاً بعضهم بطريق التعاقد ، على ألا يسرى هذا الحظر على الحالات التي تمت قبل العمل بهذا القانون » .

والنص الجديد يميز بين حالتين :

(الحالة الأولى) إذا زاد مجموع ما تملكه أفراد الأسرة على ٣٠٠ فدان عن طريق التعاقد معهم أو مع بعضهم . مثل ذلك أن يبيع الزوج لزوجته أو لأحد أولاده بعض أرضه حتى يكون الباقي عنده أقل من ٢٠٠ فدان ، ويشتري هو بعد ذلك ما يكمل أرضه إلى مائتي فدان ، فيزيد مجموع ما تملك الأسرة من الأرض الزراعية على ثلثمائة فدان بمقدار ما اشتراه الزوج أخيراً . فتكون الزيادة آلت في هذه الحالة عن طريق التعاقد ، وفيها مظنة التحايل . ومثل ذلك أيضاً أن يكون مجموع ما تملكه الأسرة وهي مكونة من زوج وزوجة وثلاثة أولاد قصر ستمائة فدان ، للزوج مائتان ولكل من الزوجة والأولاد الثلاثة مائة فدان ، فيشتري الزوج مائة فدان باسم كل من الزوجة والأود ، فلا يزيد ما يملك أي فرد من أفراد الأسرة على مائتي فدان ، ولكن مجموع ما تملكه الأسرة يصبح ألف فدان . فإذا كانت عقود البيع تالية لنفاذ قانون سنة ١٩٥٨ (١) أو كانت غير ثابتة التاريخ ، فإنها تكون عقوداً باطلة ولا يجوز تسجيلها . أما إذا كانت هذه العقود ثابتة التاريخ قبل نفاذ قانون سنة ١٩٥٨ ، فإنها تكون عقوداً صحيحة ويجوز تسجيلها ، لأن قانون سنة ١٩٥٨ ليس له أثر رجعي ، بل هو قد نص صراحة على عدم رجعيته إذ يقول كما رأينا : « على ألا يسرى هذا الحظر على الحالات التي تمت قبل العمل بهذا القانون » .

(١) أصبح قانون سنة ١٩٥٨ نافذاً في ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٨ تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

وكالعتود النافذة الملكية الأخذ بالشفعة إذا ترتب على الأخذ بها أن يزيد مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ثلثمائة فدان ، ولو لم يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزيد ما يملك كل فرد على مائتي فدان .

(الحالة الثانية) إذا زاد مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ٣٠٠ فدان عن غير طريق التعاقد . مثل ذلك أن يملك الزوج مائة فدان ، وكل من الزوجة والأولاد الثلاثة القصر خمسين فداناً ، ثم يرث الزوج أو الزوجة أو أحد الأولاد ، أو يوصى له ، أو يملك بالتقادم ، أرضاً زراعية أخرى ، فزيد بذلك مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ثلثمائة فدان . في هذه الحالة يكون تملك الزيادة صحيحاً لأنه أت عن غير طريق التعاقد أو الشفعة ، بشرط ألا يملك أى فرد من أفراد الأسرة أكثر من مائتي فدان ، فإذا زاد ما يملكه أى فرد على هذا المقدار استولت الحكومة على الزيادة .

وبلاحظ أخيراً أن الحالات التى تمت قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ لا يسرى عليها هذا الحظر ، كما صرح بذلك قانون سنة ١٩٥٨ فيما رأينا . فإذا كان مجموع ما يملكه أفراد الأسرة قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ يزيد على ثلثمائة فدان ، بأن كان الزوج يملك مثلاً مائتي فدان وكل من الزوجة والأولاد القصر الثلاثة مائتي فدان ، فإن مجموع ما يملكه الأسرة في هذا الفرض يكون ألف فدان ، وقد ثبتت هذه الملكية قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ ، فيقرون عليها ، ولا تستولى الحكومة على القدر الزائد على ثلثمائة فدان .

وقد اقتصر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ على إدماج حكمه في نص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ . وصدر بعد ذلك قانون سنة ١٩٦١ ينص على أن يستبدل بنص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ نص جديد ، يقضى بجعل الحد الأقصى للملكية الفرد مائة فدان كما سبق القول . وأغفل إدماج الحد الأقصى لمجموع ما تملكه الأسرة في أى نص من نصوص قانون سنة ١٩٥٢ ، فأصبح كل من هذا القانون وقانون سنة ١٩٦١ خلواً من أى نص يقيد مجموع ما تملكه الأسرة من الأراضي الزراعية بحد أقصى . وعلى ذلك فلا يكون هناك حد أقصى لمجموع ما تملكه الأسرة من الأراضي الزراعية ، إذا كان ما يملكه كل فرد منها لا يزيد على مائة فدان . فلو أن الزوج يملك مائة فدان ، ويملك مائة فدان كل من الزوجة والأولاد القصر الثلاثة : صح ذلك ، إذ أن ملكية كل فرد

من أفراد الأسرة لا تزيد على مائة فدان : وإن كان مجموع ما يملكه أفراد الأسرة خمسمائة فدان (١) .

٤٠٦ - توزيع الأراضي السنولى عليها على صغار الفلاحين : لم يعرض قانون سنة ١٩٦١ لهذه المسألة ، وعلى هذا تبقى نصوص قانون سنة ١٩٥٢ والتوانين التى عدلتها معمولاً بها فى هذا الصدد . وأهم هذه النصوص هى ما يأتى :

تنص المادة ٩ من قانون سنة ١٩٥٢ على أن « توزع الأرض المستولى عليها فى كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعاً لجودة الأرض . ويشترط فىمن توزع عليه الأرض : (أ) أن يكون مصرياً بالغاً من الرشد ، لم يصدر ضده حكم فى جريمة مخلة بالشرف . (ب) أن تكون حرفته الزراعة . (ج) أن يقل ما يملكه من الأرض الزراعية عن خمسة أفدنة . وتكون الأولوية لمن كان يزرع الأرض فعلاً مستأجراً أو مزارعاً ، ثم لمن هو أكثر عائلة من أهل القرية ، ثم لمن هو أقل مالا منهم ، ثم لغير أهل القرية . ولا يجوز أخذ الأراضي للأزراعية التى توزع بالشفعة » . وتنص المادة ١٠ على أنه « استثناء من حكم

(١) كذلك يصح ، إذا كان كل من الزوج والزوجة والأولاد الثلاثة القصر لا يملك إلا خمسين فداناً ، أن يشتري أى منهم أو كلهم أرضاً زراعية أخرى لا تجعل أحداً منهم يزيد ما يملكه على مائة فدان ، وإن زاد ما يملكه الجميع على ثلثمائة فدان .

انظر فى أن عدم تعيين حد أقصى لمجموع ما تملكه الأسرة جاء سهواً لا عمداً إسماعيل غانم فقرة ٩ ص ٢٢ هامش ١ - وانظر أيضاً حسن كبيرة فقرة ٧٩ ص ٢٦٢ ويقول : « ثم اختفى هذا الحكم من هذه المادة عند إعادة صياغتها بمقتضى القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ، ورغم أن الغالب أن هذا الاختفاء كان وليد السهو البحث ، فإن الأصول القانونية السليمة تقضى باعتبار هذا الحكم منسوخاً . ومعنى ذلك أنه منذ نفاذ القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ لم يعد هناك حد أقصى لحصة ما يملكه الشخص وزوجه وأولاده القصر ، فيجوز أن تزيد على ثلثمائة فدان ولو تمت الزيادة عن طريق العقد ، طالما أن كلا منهم على حدة لا يملك أكثر من النصاب المشروع للفرد وهو مائة فدان » . وانظر أيضاً فى أن المشرع قد ألغى الحد الأقصى لما تملكه الأسرة : منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١ ص ٤٧ - ص ٤٨ .

على أنه قد قيل إن جعل نصاب الأسرة هو نفس نصاب الفرد ، أى مائة فدان ، أمر متعارف وقوعه « خلال مرحلة السنوات التى القادحة أى فى سنة ١٩٧٠ » .

المادة السابقة توزع الأرض المخصصة للحدائق على خريجي المعهد الزراعية بعد تجزئتها على صورة لا تخل بحسن الاستغلال . بحيث لا تزيد القطعة على عشرين فداناً . ويشترط في خريج المعهد الذي توزع عليه الحدائق ألا يزيد ما يملكه من الأرض الزراعية على عشرة أفدنة^(١) .

أما عن الثمن الذي يدفعه صغار الفلاحين للأرض التي توزع عليهم ، فقد نصت المادة ١١ (المعدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨) على أن « يقدر ثمن الأرض الموزعة بمبلغ التعويض الذي أدته الحكومة في سبيل الاستيلاء عليها مضافاً إليه ما يأتي : ١ - فائدة سنوية سعرها ١٦ ٪ . ٢ - مبلغ إجمالي قدره ١٠ ٪ من ثمنها في مقابل نفقات الاستيلاء والتوزيع والنفقات الأخرى . ويؤدى مجموع الثمن أقساطاً سنوية متساوية في مدى أربعين عاماً » . وقد أضيفت إلى المادة ١١ عدة فقرات بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٩ ، أجاز بها لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، إذا رأى أن ثمن الأرض ، مقدراً بحسب التعويض المستحق للمالك ، لا يتناسب مع غلتها الحقيقية ، أن يقدر الثمن على أساس الغلة . وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٢٨ لسنة ١٩٦١ يقضى بأن يخفض إلى النصف ما لم يؤد من ثمن الأرض الموزعة أو التي توزع على صغار الفلاحين ، كما تخفض الفوائد المستحقة إلى النصف .

وأما عن كيفية التوزيع ، فنصت المادة ١٣ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٢) على أن « تشكل لجان فرعية تقوم بعمليات الاستيلاء ، وحصر الأراضي المستولى عليها ، وتجميعها عند الاقتضاء ، وتوزيعها على صغار الفلاحين . ويصدر مرسوم بناء على طلب وزير الزراعة بكيفية تشكيل هذه

(١) وقد أضاف القانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ إلى قانون سنة ١٩٥٢ المادة ١٠ مكررة (وعدلت بالقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ٢٤٥ لسنة ١٩٥٥) ، وتنص على أنه « يجوز للجنة العليا أن تحتفظ بجزء من الأرض المستولى عليها لتنفيذ مشروعات أو لإقامة منشآت ذات منفعة عامة ، وذلك بناء على طلب المصالح الحكومية أو غيرها من الهيئات العامة . ويجوز تأجيل التوزيع في المناطق التي تحددها اللجنة العليا إذا اقتضت ذلك مصلحة الإنتاج القومي . ومع ذلك يجوز للجنة العليا أن تبيع للأفراد ، بالتمن وبالشروط التي تراها ، أجزاء من الأرض المستولى عليها إذا اقتضت ذلك ظروف التوزيع أو مصلحة الاقتصاد القومي أو أي نفع عام . كما يجوز للجنة العليا أن تستبدل أجزاء من الأراضي المستولى عليها بأرض أخرى ، ولو كان البديل في مقابل معدل نقدي أو عيني عند اختلاف قيمة البديلين » .

للجان ، وتنظيم العلاقات بينها وبين اللجنة العليا . وبيان الإجراءات والأوضاع الواجب اتباعها في عمليات الاستيلاء ، وتقدير قيمة المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار ، والتوزيع ، وما يجب اتخاذه من التدابير لمواجهة فترة الانتقال ما بين الاستيلاء والتوزيع . وتنص المادة ١٣ مكررة (والمضافة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والمعدلة بالقانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٥٣) بأن « تعتبر الحكومة مالكة للأرض المستولى عليها بقرار الاستيلاء النهائي وذلك من تاريخ قرار الاستيلاء الأول ، وبصبح العقار خالصا من جميع الحقوق العينية ، وكل منازعة من أولى الشأن تنتقل إلى التعويض المستحق عن الأطنان المستولى عليها ، وتفصل فيها جهات الاختصاص » . وتنص المادة ١٤ على أن « تسلم الأرض لمن آلت إليه من صغار الفلاحين خالية من الديون ومن حقوق المستأجرين ، وتسجل باسم صاحبها دون رسوم . ويجب على صاحب الأرض أن يقوم « على زراعتها ، وأن يبذل في عمله العناية الواجبة » (١) . وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٦ على أنه « لا يجوز لصاحب الأرض ، ولا للورثة من بعده ، التصرف فيها قبل الوفاء بثمنها كاملا . ولا يجوز قبل هذا الوفاء نزع ملكيتها سدادا لدين ، إلا أن يكون ديننا للحكومة أو ديننا لبنك التسليف الزراعي والتعاوني أو للجمعية التعاونية » .

(١) وقد أضاف القانون رقم ٥٥٤ لسنة ١٩٥٥ الفقرتين الثالثة والرابعة إلى المادة ١٤ : فنصر على ما يأتي : « وإذا تخلف من تسلم الأرض عن الوفاء بأحد التزاماته المنصوص عليها في الفقرة السابقة ، أو تسبب في تعطيل قيام الجمعية التعاونية بالأعمال المنصوص عليها في المادة . أو أخل بأى التزام جوهرى آخر يقضى به العقد أو القانون ، حتم الموضوع بواسطة لجنة تشكل من نائب بمجلس الدولة رئيسا ومن عشرين من مديري الإدارات بأهنية التنفيذة للإصلاح الزراعى . ولها . بعد سماع أقوال أصحاب الشأن ، أن تصدر قرارا مسببا بإلغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واستردادها منه ، واعتباره مستأجرا لها من تاريخ تسليمها إليه . وذلك كماه إذا لم تكن قد مضت خمس سنوات على إبرام العقد النهائي . ويبلغ القرار إليه بالطريق الإدارى قبل عرضه على اللجنة العليا بخمسة عشر يوما على الأقل : ولا يصح نهائيا إلا بعد تصديق اللجنة العليا عليه . ولها تعديله أو إلغاؤه . ولها كذلك الإعفاء من أداء الفرق بين ما حاز من أقساط الثمن وبين الأجرة المستحقة . وينفذ قرارها بالطريق الإدارى . واستثناء من أحكام قانون مجلس الدولة وقانون نظام القضاء . لا يجوز الطعن بإلغاء القرار سائلا أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه » .

§ ٢ - الاستثناءات

٤٠٧ - استثناءات الواردة في قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨

لسنة ١٩٥٢ : نصت المادة ٢ من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على استثناءات من أحكامه القاضية بالألأ يزيد ما يمتلكه الفرد من الأراضى الزراعية على مائتى فدان . وهذا هو نص المادة بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ الذى أضاف الفقرات (د) و (هـ) و (و) إلى المادة :

« استثناء من حكم المادة السابقة » :

« (أ) يجوز للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان فى الأراضى التى تستصلحها لبيها وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح . »

« (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها . ولا يسرى على هذه الأراضى حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك . هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة . »

« (ح) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضروريا للاستغلال الصناعى ، ولو زاد على مائتى فدان . »

« (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضروريا لتحقيق أغراضها ، ولو زاد على مائتى فدان . »

« (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك من الأراضى الزراعية ما يزيد على مائتى فدان . على ألا يجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف فى القدر الزائد على مائتى فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدى إليها التعويض نقداً على أساس حكم المادة ٥ . »

« (و) ويجوز أيضاً للدائن أن يمتلك أكثر من مائتى فدان إن كان سبب

الزيادة هو نزع ملكية مدينه ورسو المزارد على الدائن طبقا للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . ويجوز للحكومة بعد مضي سنة من تاريخ رسو المزارد أن تستولى على الأطنان الزائدة على مائتي فدان بالتمن الذى رسا به المزارد أو نظير التعويض المحدد فى المادة ٥ أيهما أقل . وإلى أن تستولى الحكومة على الزيادة ، يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تفيد بشروط المادة ٤ « (١) » .
« وكذلك يستثنى الوقف » .

وبصدور قانون سنة ١٩٦١ نزل الحد الأقصى لملك الأرض الزراعية إلى مائة فدان ، فوجب تعديل النص مالف الذكر على هذا الأساس . ويجب أيضاً حذف الاستثناء (ب) الخاص بالأراضى البور والأراضى الصحراوية ، فقد اعتبر قانون سنة ١٩٦١ هذه الأراضى أراضى زراعية تدخل فى حساب المائة فدان الجائز تملكها ، ولا تستثنى منها .

ومن ثم يكون هناك ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦١ ، ستة استثناءات لم يتعرض لها هذا القانون . فتكون باقية : ونبحثها على التوالى فيما بلى .

٤٠٨ — الشرط والجمعيات المستفزة باستصلاح الأراضى الزراعية :

رأينا أن المادة ٢ (أ) من قانون الإصلاح الزراعى تجيز « للشركات والجمعيات أن تملك أكثر من مائتي فدان (اقرأ مائة فدان بحسب قانون سنة ١٩٦١) فى الأراضى الزراعية التى تستصلحها لبيعها وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح » . وقد تقرر هذا الاستثناء لأن هذه الشركات والجمعيات تستصلح الأراضى البور ولا تستبقها ، بل تقوم ببيعها للجمهور ، فهى بذلك توسع من رقعة الأرض المزروعة وفى الوقت ذاته تقوم بتوزيع الأراضى المستصلحة على القادرين على زراعتها . ولما كان النص عاما ، فإنه يشمل من جهة ، جميع الشركات والجمعيات ما وجد منها قبل صدور قانون سنة ١٩٥٢ وقانون سنة ١٩٦١ وما سيوجد فى المستقبل ، ويشمل من جهة أخرى الملكيات الزراعية

(١) وقد أضاف القانون رقم ٢٤٥ فقرة أخيرة إلى البند (و) نص فيها على ما يأتى :
« على أنه استثناء من هذا الحكم عند نزع الدائن للملكية الأطنان التى سبق له التصرف فيها وفقا لحكم البند (ب) من المادة ٤ من هذا القانون ، فإن مزارد شرائها يرسو على الحكومة بشرن رسو المزارد أو بشرة أمثال القيمة الإيجارية أيهما أقل » .

الموجودة لدى هذه الشركات، وبمستويات الزراعة على مائة فدان وما يستجد في ملكيتها من أراض زراعية في المستقبل.

ولما كان استعمال الأراض الزراعية، وتوزيعها على مستفيدين رقبية فعالة، وقد ذكر النص تحت الذكر أن ذلك يكون « على الوجه المبين في القوانين واللوائح »، فقد صدر قانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ يضيف أحكاما إلى المادة ٢ (أ). ففيما يتعلق باستصلاح الأراضي وتوزيعها، أوجب القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ على الشركات والجمعيات « أن تخطر مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي خلال شهر يناير من كل سنة، ببيان يشمل مساحة الأراضي التي تم استصلاحها في السنة السابقة، وأسماء المتصرف إليهم، والمساحات المتصرف فيها إلى كل منهم. وفق الشروط والأوضاع التي يقرر بها قرار من مجلس إدارة الهيئة سالفة الذكر ». ويجب ألا يزيد ذلك المتصرف فيه إلى شخص واحد على مائة فدان، وألا يجعله مالكا لأكثر من ذلك. وفيما يتعلق بالمدة التي يتم فيها التصرف، يجب أن يكون ذلك في خلال عشرين سنة من تاريخ العمل بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧، أو خمس وعشرين سنة من تاريخ فتح الري، أي المائتين أطول. وقد خصص القانون ربع الأراضي التي تستصلحها الشركة أو الجمعية لتوزيعها على صغار المزارعين، ممن يخترقون الزراعة ولا تزيد ملكيتهم على عشرة أفدنة ويوافق عليهم مجلس إدارة الهيئة العامة. وهؤلاء لا يجوز أن يتصرف إليهم بأرض تنس عن فدانين أو تزيد على خمسة. ولا يزيد ثمن الأرض على ما تحدده لجنة التقدير الخاصة بتقدير إيجار الأراضي الزراعية لا تحاذه أساسا لتعديل ضرائب الأطنان.

وإذا خالفت الشركة أو الجمعية هذه الأحكام، كأن انقضت المواعيد التي يجب فيها التصرف في الزيادة دور أن يقع هذا التصرف، أو تصرفت إلى شخص واحد بأكثر من الحد المقرر، استولت الحكومة على الزيادة لدى الشركة أو الجمعية، لا لدى المتصرف إليه فإن التصرف يكون باطلا. في نظير تعويض بتقرر طبقا لأحكام المادتين ٥ و ٦ من قانون الإصلاح الزراعي (عشرة أمثال القيمة التجارية مع دفع التعويض عن طريق مئذات على الحكومة).

٤٠٩ - **الشركات الصناعية :** وهذه إما أن تكون موجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢ ، أو وجدت بعده . فأما الشركات التي كانت موجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي ، فيجوز لها أن تمتلك أراضي زراعية تزيد على الحد الأقصى ، بشرط أن تكون هذه الأراضي ضرورية للاستغلال الصناعي الذي تقوم به الشركة ، كشركة السكر التي تحتاج إلى محصول الأرض من القصب وشركات مستخرجات الألبان التي تحتاج إلى الأرض لتربية الماشية . ولها أن تزيد في الأراضي الزراعية التي كانت تملكها بما يجاوز الحد الأقصى ، فتحللها من الحد الأقصى لا يقتصر إذن على الأراضي التي تملكها فعلاً ، بل يمتد إلى الأراضي التي تملكها في المستقبل ، كل ذلك مادامت هذه الأراضي ضرورية لاستغلالها الصناعي .

وأما الشركات التي وجدت أو توجد بعد العمل بقانون الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢ ، فقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ (أضاف فقرة ثالثة إلى المادة ٢ (ج) من قانون الإصلاح الزراعي) يقضي بأنه لا يجوز لها أن تجاوز الحد الأقصى إلا بترخيص من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، ويصدر بهذا الترخيص وبشروطه وأوضاعه قرار من المجلس في كل حالة على حدة .

٤١٠ - **الجمعيات الزراعية العلمية :** والامتناء هنا مقصور على الجمعيات الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢ كالجمعية الزراعية ، أما الجمعيات التي تنشأ بعد ذلك فلا يشملها الامتناء ، ولا يصح لها أن تجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية . فإذا كانت الجمعية الزراعية العلمية قد أنشئت قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي ، جاز لها أن تجاوز الحد الأقصى ، سواء في ملكيتها الحالية أو فيما تملكه في المستقبل ، وذلك حتى تستمر في طريقها الذي بدأته من السعي في تحسين الإنتاج الزراعي والحيواني .

٤١١ - **الجمعيات الخيرية :** والامتناء هنا أيضاً مقصور على الجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي . فهذه لها أن تمتلك ما يجاوز الحد الأقصى ، على ألا يزيد ذلك على ما كانت تملكه قبل صدور

قانون الإصلاح الزراعي . فلاستثناء إذن مقيد من ناحيتين : ناحية الجمعيات الموجودة وناحية المقدار المملوك ، ويتقيدان معاً بما كان موجوداً وقت صدور قانون الإصلاح الزراعي . ولما كانت هذه الجمعيات تسعى إلى عمل الخير ، فقد أراد المشرع تجنبها أثر المنفعة في تحقيق حكم الاستيلاء . وأتاح لها الفرصة في تحويل أموالها إلى غير الأراضي الزراعية . وعلى هذه الجمعيات أن تتصرف في المقدار الزائد على الحد الأقصى - وقد أصبح هذا الحد مائة فدان - ويكون تصرفها وفقاً لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعي ، أي أنها تتصرف لصغار الفلاحين ولحريجي المعاهد الزراعية بشروط معينة وردت في هذه المادة . وللحكومة ، خلال عشر سنوات (بدلاً من خمس وهي المدة التي تقررت لما عدا هذه الجمعيات) أن تستولي على المقدار الزائد على الحد الأقصى ، في مقابل تعويض يقدر طبقاً لأحكام المادة ٥ (عشرة أمثال القيمة الإيجارية) ، على أن يدفع هذا التعويض للجمعية الخيرية نقداً بدلاً من دفعه سندات على الحكومة . ولما كانت مدة عشر السنوات قد انقضت في ٨ سبتمبر سنة ١٩٦٢ (من ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢) ، فقد استنفد هذا الاستثناء مدته ، ولم يعد له تطبيق عملي في الوقت الحاضر .

٤١٢ - الدائن الراسي عليه المزار : هناك أحوال يقضي فيها تقنين المرافعات ، في التنفيذ على العقار ، بإيقاع البيع على الدائن بما قرره من زيادة على الثمن الأساسي . أو بالثمن الأساسي نفسه ، وذلك مراعاة لمصلحة المدين والدائنين والائتمان العقاري نفسه . فقد نصت المادة ٦٦٤ مرافعات على أن تبدأ المزايدة في جلسة البيع بمناداة المحضر على الثمن الأساسي والمصاريف . وإذا لم يتقدم أحد للمزايدة ، وكان أحد الدائنين قد قرر بالزيادة على الثمن الأساسي وفقاً للمادة ٦٤١ ولم يحصل تعديل في شروط البيع ، حكم القاضي بعد ثلاث دقائق من افتتاح المزايدة بإيقاع البيع لذلك الدائن بالثمن الذي قرره ، وعند تعدد المقررين بالزيادة يحكم بإيقاع البيع لأصاحب أكبر عرض ، فإذا تساوت العروض حكم بإيقاع البيع لأصاحب العرض الأسبق . وإذا لم يتقدم مشتر ولم يكن قد حصل تعديل في شروط البيع ، حكم القاضي بعد ثلاث دقائق من افتتاح المزايدة بإيقاع البيع على الحاجز بالثمن الأساسي . فإذا لم يتقدم

الحاجز بطلب البيع بالجلسة . وطلبه غيره من الدائنين المنصوص عليهم في المادة ٦٦٢ ، حكم القاضي بإيقاع البيع على طالبه بالثمن الأساسي . وفي غير الأحوال المتقدمة ، يؤجل البيع إذا لم يتقدم مشتر ، مع تنقيص عشر الثمن الأساسي مرة بعد مرة كلما اقتضت احوال ذلك » .

ونرى من النص سالف الذكر أن هناك أحوالا يوقع فيها البيع على الدائن ، إما بما قرره من زيادة على الثمن الأساسي . أو بالثمن الأساسي نفسه . فإذا ما رسا المزااد على هذا الوجه على الدائن في أرض زراعية ، كان من المحتمل أن تزيد الأراضي الزراعية التي يملكها هذا الدائن . بسبب رسوالمزااد ، على مائة فدان . فيصح رسو المزااد بالرغم من هذا . وذلك رعاية للائتمان العقاري ونظراً لحالة الاضطراب التي وُجد فيها الدائن .

وللدائن في هذه الحالة مهلة سنة يبيع فيها المقدار الزائد على المائة فدان لمن يشاء وبالثمن الذي يتفق عليه مع المشتري ، دون تقييد بالبيع إلى صغار الفلاحين أو إلى خريجي المعاهد الزراعية طبقاً لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعي .

فإذا انقضت السنة ولم يبيع الدائن كل المقدار الزائد أو بعضه ، استولت الحكومة على ما لم يبعه من المقدار الزائد . وتدفع له تعويضاً ، إما طبقاً لأحكام المادة ٥ من قانون الإصلاح الزراعي (عشرة أمثال القيمة الإيجارية) ، أو الثمن الذي رسا به المزااد على الدائن ، أي القيمتين أقل . ويكون التعويض نقداً ، لا بسندات على الحكومة^(١) .

(١) انظر محمد علي عرفة فقرة ٢٦٨ ص ٣٥٢ - وفي قانون الإصلاح الزراعي فقرة ٣٦

ص ٧٣ - حسن كيرة فقرة ٨٠ ص ٢٦٨ .

هذا وقد خشي المشرع أن يتحايل المالك ، عن طريق هذا الاستثناء ، على الوجه الآتي :
يكون قد تصرف في الزائد من أرضه لصغار الفلاحين طبقاً لحكم البند (ب) من المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعي ، ثم يطرح ما سبق له التصرف فيه في المزااد ، لعجز المشتريين عن الوفاء بباقي الثمن أو لتواطؤهم معهم إن كان البيع صورياً ، ويحكم بإيقاع البيع له . ومذ يوسو على مزااد الأرض ، تكون أمامه مهلة سنة كاملة يتصرف خلالها في الأرض لمن يشاء وبالثمن الذي يتفق عليه مع المشتري ، وذلك دون تقييد ببيعها إلى صغار المزارعين طبقاً لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعي . فنحن لهذا التحايل ، صدر القانون رقم ٢٤٥ لسنة ١٩٥٥ (يضيف فقرة أخيرة إلى البند (و) من المادة الثانية من قانون الإصلاح الزراعي) ينص على ما يأتي : -

١٣} - الوقف: وقد أصبح هذا الاستثناء مقصوراً على الوقف الخيري، بعد حل الوقف الأهلي بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢. وترتب على حل الوقف الأهلي أن آلت إلى الواقف أو إلى المستحقين في الوقف بحسب الأحوال ملكية الأراضي الزراعية الموقوفة. فإذا كان من وراء ذلك أن زادت ملكية أحد من آلت إليه الأراضي الزراعية على الحد الأقصى، جرى عليه حكم القانون، واستولت الحكومة على المقدار الزائد طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن.

أما الوقف الخيري فقد بقي مستثنى، ويجوز أن يشتمل على أكثر من مائة فدان دون أن تستولى الحكومة على الزيادة. على أن القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧، الخاص باستبدال الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر للعامه، قضى بأن تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعي سنوياً الأراضي الزراعية التي يتقرر استبدالها، وذلك لتوزيعها وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي. وتؤدي لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوي قيمة هذه الأراضي والمنشآت الثابتة وغير الثابتة مقدرة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعي. ويجوز، بقرار من رئيس الجمهورية، وفيما لا يتجاوز مائة فدان، الاستثناء من هذه الأحكام في كل حالة على حدة، وذلك بالنسبة إلى الأراضي الزراعية التي يكون النظر عليها لغیر وزارة الأوقاف^(١).

= على أنه استثناء من هذا الحكم، عند نزع الدائن لملكية الأطنان التي سبق له التصرف فيها وفقاً لحكم البند (ب) من المادة ٤ من هذا القانون، فإن مزاد شرائها يرسو على الحكومة بشن رسو المزاد أو بعشرة أمثال القيمة التجارية أيها أقل.

(١) وهذه هي أهم نصوص القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧، وبمعلق بالأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة: م ١ - يستبدل خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات الأراضي الزراعية الموقوفة على جهاز البر العامة. م ٢ - تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعي سنوياً الأراضي الزراعية التي يتقرر استبدالها، وذلك لتوزيعها وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي. م ٣ (معدلة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠) - تؤدي الهيئة لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوي قيمة هذه الأراضي والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار مقدرة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعي. وتؤدي قيمة ما يستهلك من السندات إلى المؤسسة الاقتصادية، كما تؤدي فوائد السندات إلى من له حق النظر على الوقف بمقدار ٣٪ سنوياً. ويكون استهلاك هذه السندات خلال ثلاثين سنة على الأكثر. م ٦ - يجوز الاستثناء من هذه الأحكام بقرار من رئيس الجمهورية، وذلك فيما =

المبحث الثاني

قيود على حق الأجانب في التملك

٤١٤ - نسلل القوانين التي تحد من حق الأجانب في التملك :
لما كانت مصر جزءاً من الامبراطورية العثمانية ، لم يكن للأجانب حق تملك العقارات فيها تبعاً لتحريم هذا التملك عليهم في جميع أنحاء الامبراطورية العثمانية ثم استقلت مصر استقلالاً داخلياً تحت حكم أسرة محمد علي ، ولما كان محمد علي قد درج على تشجيع الأجانب وحثهم على توسيع نشاطهم الحضارى والعمرانى فى داخل البلاد ، فقد منحهم حق تملك الأراضى المصرية منذ بداية القرن التاسع عشر . بل كان بمنح بعض الأجانب « أبعاديات » وهى أراض غير منزرعة ، ويعنى هذه الأراضى من الضريبة تشجيعاً على استصلاحها . وفى عهد سعيد صدر أمر عال فى سنة ١٨٥٨ يبيع الإراضى الخراجية التى تركها المنتفعون بها حتى لا يدفعوا الخراج ، وكان للأجانب حق شراء هذه الأراضى شأنهم فى ذلك شأن المصريين . ثم سمح سعيد فى سنة ١٨٦١ للأجانب بوضع اليد على الأراضى الخراجية اللازمة لإقامة محالج الأقطان . ولذلك لما صدر قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ هجرية (سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، وصر القانون العثمانى الذى يبيع للأجانب تملك العقار فى أراضى الدولة العثمانية ، كان الأجانب فى مصر قد تمتعوا بهذا الحق منذ وقت طويل .

وبعد أن انتشر العمران فى البلاد وأصبح المصرى قادراً على استغلال الأرض على خير وجه ، وضائق رقعة الإقليم عن أن تتسع للمصريين الذين يتزايدون كل يوم بسرعة تفوق المؤلف ، بدأ النظر إلى المسألة من زاوية أخرى . فالأرض هى الإقليم الذى تبسط عليه الدولة سيادتها ، ومالك الأرض

= لا يجاوز مائة فدان فى كل حالة على حدة بالنسبة إلى الأراضى الزراعية التى يكون النظر فيها لغير وزارة الأوقاف .

وانظر فيما يتعلق بالأراضى الزراعية لموقفه على جهات البر الخاصة بالقانون رقم ٤٤ :

لسنة ١٩٦٢ .

يتمتع بجنسية واسعة . فأصبح من المرغوب فيه أن تضيق حقوق الأجانب في تملك الأرض المصرية ، وانبنى على ذلك أن صدرت قوانين متلاحقة تحقق هذا الغرض .

وأول قانون صدر في هذا الشأن هو الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ونلاه القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وهما خاصان بمنع تملك الأراضي الصحراوية . وصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، يمنع الأجانب في المستقبل من تملك الأراضي الزراعية ، صحراوية كانت أو غير صحراوية . وصدر أخيراً القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، وقد حل محل القانون السابق ، ويمنع الأجانب بتاتا من تملك الأراضي الزراعية ، سواء عن الماضي أو في المستقبل^(١) . ونقول كلمة موجزة في كل من هذه القوانين^(٢) .

٤١٥ - الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والقانون رقم ١٢٤

لسنة ١٩٥٨ : كانت أغراض الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ أغراضا حربية بحتة ، وقد صدر في أوائل الحرب العالمية الثانية . ولم يتناول إلا الأراضي الصحراوية ، وهي أراض خارج الزمام تقع في حدود البلاد المصرية . فنع هذا الأمر العسكري الأجانب من تملك هذه الأراضي أو كسب حقوق هيبة عليها . أما بالنسبة إلى المصريين ، فلا بد من إذن سابق من الحكومة^(٣) .

(١) انظر في ذلك عز الدين عبد الله في القانون الدولي الخاص الطبعة السابعة فترة ٢٠٤ .
(٢) ونقتصر هنا على الحد من حق الأجنبي في تملك العقار . وقد ورد في المنقول ، في المادة الأولى من قانون التجارة البحري ، أنه « لا يجوز أن يكون مالكا لجميع سفينة رافعة العلم المصري ولا بعضها ، ولا أن يكون عضوا في أي شركة لتشغيل سفينة رافعة العلم المذكور . إلا من كان من رعايا الدولة اللبنانية » . فامتنع بذلك على الأجنبي أن يملك سفينة ترفع العلم المصري .
(٣) تنص المادة الأولى من هذا الأمر العسكري على أن « يحظر على كل شخص طبيعي أو معنوي أجنبي الجنسية أن يملك بأي طريق كان : عدا الميراث ، عقارا كانتا بأحد الأقسام التي تقوم على إدارتها مصلحة الحدود ، ويسرى هذا الحظر كذلك على الوقف على أجنبي ، وتقدير حقوق عينية له . وتحدد بأمر في الأقسام المذكورة المناطق التي لا يمتد إليها الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأولى . كذلك يكون تعديل المناطق المذكورة أو تعديل حدودها بأمر » . وتنص المادة الثانية منه على أنه « في الجهات التي يسرى عليها الحظر المشار إليه في المادة الأولى ، يجب ، في كل تملك لعقار بأي طريق عدا الميراث لمصلحة شخص طبيعي أو معنوي مصري الجنسية ، وفي الوقف عليه وتقدير حقوق عينية له . أن يؤذن فيه مقدما من وزير الدفاع الوطني . ويجوز =

العمل بأحكام هذا الأمر العسكري بموجب المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ .

ولما أخذت أهمية الأراضي الصحراوية تزداد يوما بعد يوم نتيجة للمشروعات العمرانية ، وكان للمناطق التي تقع فيها هذه الأراضي أهمية استراتيجية عسكرية ، وكان لتنظيم التملك في هذه المناطق أهمية أخرى من ناحية منع التهريب الذي يباشره كثيرون ويتخذون من هذه المناطق الواسعة مأوى لهم ، صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية . وقد حظرت المادة الأولى منه على أى شخص طبيعي أو اعتباري أن يملك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا بإحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام ، كما حظرت تقرير أى حق من الحقوق العينية على هذه العقارات ، أو إبرام عقود إيجار في شأنها تزيد مدتها على تسع سنوات . ولوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها هذا الحظر ، كما له أن يحدد بقرار منه مناطق معينة يحظر فيها التأجير إلا لمدة لا تزيد على تسع سنوات وبترخيص من لجنة نص عليها في المادة ١٢ من هذا القانون . وقضت المادة الثانية من القانون بأنه استثناء من هذا الحظر ، يجوز لوزير الحربية الترخيص بالتملك أو بتقرير الحقوق العينية أو بالتأجير ولو لمدة تزيد من تسع سنوات ، بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها في المادة ١٢ . وللوزير الحق في رفض الترخيص دون إبداء الأسباب ، ويكون قراره في هذا الشأن نهائيا وغير قابل للطعن فيه أمام أية جهة . وتقضى المادة الثالثة بأن يعتبر باطلا كل تصرف يقع مخالفا لهذه الأحكام .

ولم يكن لهذا القانون أثر رجعي ، فأقر الملاك السابقون على صدور القانون على حقوقهم المكتسبة ، وجعل لشاغلي الأراضي بالبناء أو الغراس الذين لا يعتبرون ملاكا الأفضلية على غيرهم في حالة الترخيص بالشراء أو الاستئجار . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وكان بين القوانين التي ألغاه

= رفض هذا الإذن ، خصوصا في حالة ما إذا كان المشتري شخصا مغربيا تحت إشراف سلطة أجنبية ، أو إذا وجدت أسباب جدية تدعو للاعتقاد بأنه يعمل لصالح غيره .

رحل محلها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الذى نحن بصددده . وقد سبق الكلام تفصيلا فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤^(١) .

٤١٦ - القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ : ولكن القانون الذى هدف بطريق مباشر إلى احد من حق الأجانب فى تملك الأراضى المصرية هو القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، بعد أن تبين بحسب إحصائية سنة ١٩٤٦ أن الأجانب يملكون من الأراضى الزراعية ما يبلغ مقداره ٣٥٧١٩٢ فداناً . هذا ما لهم من حقوق عقارية (من رهن واختصاص وامتياز) على جزء كبير من الأراضى المملوكة لاطنيين . وقد بلغ ، فى هذا الإحصاء ، عدد الملاك (هذا الوقف) الذين يملكون أكثر من ألفى فدان خمسة وثلاثين مالكا . منهم مائة وعشر (أى نحو النصف) من الأجانب . فصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ على أن يعمل به من يوم نشره فى الجريدة الرسمية . وقد نشر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥١ . وقد نصت المادة الأولى منه على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام المادتين الأولى والثانية من الأمر رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ الذى استمر العمل به بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بشأن تملك العقارات فى أقسام الحدود ، يحظر على غير المصريين . سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ، اكتساب ملكية الأراضى الزراعية والأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية بالمملكة المصرية . ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع » . فالأشخاص المحرم عليهم التملك هم غير المصريين ، سواء كانت لهم جنسية أجنبية أو كانوا مجهولى الجنسية أو كانوا عديمى الجنسية ، وسواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين . والعقارات الممنوع تملكها هى الأراضى الزراعية والأراضى القابلة للزراعة والأراضى البور والأراضى الصحراوية^(٢) ، وذلك كله سواء كان ملكية تامة أو حق رقبة أو حق انتفاع . ويحرم التملك بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، فيما عدا الميراث أو الوصية من أجنبى لأجنبى . فالعقد يكون باطلا بطلانا مطلقاً . ويجوز لكل ذى شأن وتلبية العامة طلب هذا البطلان . وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء

(١) انظر آتة فقرة ٨٩ - فقرة ٩٠ .

(٢) فلم يعد للأجنبى إلا حق تملك العقارات المنية والأراضى المدة لبناء .

نفسها . وكذلك تبطل الوصية الصادرة من مصرى إلى أجنبي بطلانا مطاقا ، ولا يجوز للأجنبي الميراث من المصرى ، كما لا يجوز للأجنبي أن يملك الأراضى للبور والأراضى الصحراوية بالاستيلاء ، ولو بنى فيها أو غرس ، ولورخصت له الحكومة فى وضع أنيد . ولا يجوز للأجنبي أن يأخذ بالشفعة ، ولا أن يملك بالتقادم ولو بدأ سريان التقادم من قبل العمل بالقانون مادام التقادم لم يتم .

وقد نصت المادة ٢ من القانون سالف الذكر على أنه « استثناء من حكم المادة السابقة ، يجوز لغير المصرى اكتساب ملكية الأراضى الزراعية فى الأحوال الآتية : (أ) إذا آلت إليه بطريق الإرث أو الوصية من أجنبي . (ب) إذا كانت موقوفة ، وآلت إليه بسبب انتهاء الوقف أو الرجوع فيه (ج) إذا كان غير المصرى له حق امتياز البائع ، ورسا عليه مزاد الأرض التى له عليها هذا الحق بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (د) إذا كان غير المصرى شركة مساهمة تقوم بالأعمال المصرفية ، وكانت مرتبهة ورسا عليها مزاد الأرض المرهونة بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (هـ) إذا كان غير المصرى دائنا مرتبنا قبل العمل بهذا القانون ، ورسا عليه مزاد الأرض المرهونة بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (و) الأراضى الداخلة فى نطاق المدن المحددة بمرسوم » .

ولما كان هذا القانون ليس له أثر رجعى ، فقد بنى للأجانب ما كانوا يملكونه من أراض زراعية قبل العمل بالقانون . وهى أراض واسعة كما رأينا . ومن أجل ذلك صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ يلغى القانون الذى نحن بصددده ، ويحرم على الأجانب تملك الأراضى بتاتا ، حتى بالنسبة إلى الماضى .

٤١٧ — القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ : صدر هذا القانون فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٣ . وعمل به من وقت نشره بالجريدة الرسمية فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ . وجاء فى مذكرته الإيضاحية : « صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية . ولا تسرى أحكام هذا القانون بالنسبة للأراضى التى تملكها الأجانب قبل العمل به . ومن جهة أخرى فقد استثنى هذا القانون

عدة حالات أجاز فيها للأجانب تملك الأراضي الزراعية ، حتى بعد العمل بأحكامه . وقد كان ذلك ميبيا في إضعاف أثر هذا القانون ، وعدم تحقيق الغرض منه كاملا . ورغبة في تلافى النقص الوارد بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ . واستكمالا لسيادة الدولة . وتحقيقا لسياساتها الاشتراكية في توزيع الأراضي على صغار الفلاحين لرفع مستوى معيشتهم ، أعد مشروع القانون المرافق ... » .

وتنص المادة الأولى من القانون على أن « يحظر على الأجانب ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ، تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية في الجمهورية العربية المتحدة . ويشمل هذا الحظر الملكية التامة ، كما يشمل الرقبة أو حق الانتفاع . ولا يعتبر أرضا زراعية ، في تطبيق أحكام هذا القانون ، الأراضي الداخلة في نطاق المدن والبلدات التي تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأقطان . ويستثنى الفلسطينيون من تطبيق أحكام هذا القانون مؤقتا » . ويخلص من هذا النص أن الأشخاص المحظور عليهم تملك الأراضي الزراعية في مصر هم الأجانب ، أشخاصا طبيعيين كانوا أو أشخاصا معنويين ، ويدخل في ذلك من له جنسية أجنبية معلومة ومن كان مجهول الجنسية ومن كان عديم الجنسية^(١) . ولا يستثنى من الأجانب إلا الفلسطينيون ، والاستثناء مؤقت إلى أن يرجعوا إلى أراضيهم الأصلية التي سلبوا منها . أما الأراضي التي يتناولها الحظر ، فهي لأراضي زراعية وما في حكمها من أراض قابلة للزراعة وأراض بور وأراض صحراوية ، وذلك كله ملكية تامة أو رقبة أو حق انتفاع . ولا تدخل الأراضي الداخلة في نطاق المدن والبلدات التي تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وهو القانون الخاص بتقسيم الأراضي المعدة للبناء ، وذلك إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأقطان . فهي إذن الأراضي المبنية والأراضي المعدة للبناء في داخل المدن والتي يسرى عليها القانون الخاص بتقسيم الأراضي ، أما الأراضي المقام

(١) ونسرد المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا المعنى : « من المفهوم أن المنع بالأجانب في تطبيق أحكام هذا القانون هم جميع من لا يتمتعون بجنسية الجمهورية العربية المتحدة » .

عليها مباني القرية وجعلت مكانا للفلاحين ومكانا لإيواء مواشيهم وحفظ حاصلاتهم فهذه تعتبر من ملحقات الأراضي الزراعية وتأخذ حكمها من حيث عدم جواز تملك الأجانب لها^(١). ويحرم على الأجنبي تملك الأرض الزراعية بأي سبب من أسباب التملك ، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقاً . وقد نصت المادة العاشرة من القانون على أن « يقع باطلا كل تعاقد يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز تسجيله ، ويجوز لكل ذي شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » . وكذلك لا يجوز للأجنبي أن يملك بالأمتلاك الأراضي الصحراوية . ولو أخذ ترخيصا بوضع اليد عليها . ولا يجوز للأجنبي أن يرث أرضا زراعية ، كما لا يجوز أن يوصى له بها وتكون الوصية باطلة . ولا يملك الأجنبي أرضا زراعية بالتقادم ، إذا كانت مدة التقادم قد تمت بعد العمل بالقانون ولو بدأ سريانها قبل ذلك . ولا يجوز إيقاع البيع في أرض زراعية لأجنبي بالتطبيق لأحكام المادة ٦٦٤ مرافعات . ولكن يجوز للأجنبي أن يرث أرضا زراعية . وأن يأخذ عليها حق اختصاص ، وأن يكون له عليها حق امتياز ، بشرط عدم إيقاع البيع عليه عند التنفيذ على الأرض .

وتنص المادة الثانية من القانون على أن «تؤول إلى الدولة ملكية الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانب وقت العمل بهذا القانون ، بما عليها من المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار وغيرها من الملحقات الأخرى المخصصة لخدمتها . ولا يعنى في تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه ، ما لم تكن صادرة إلى أحد المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ من ديسمبر سنة ١٩٦١ » . وهذا النص جوهرى في القانون ، فهو الذى يجعل القانون ذا أثر رجعى ، فيسرى على الأراضي الزراعية التى كانت مملوكة للأجانب وقت العمل به . أى فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ . فتؤول ملكية هذه الأراضي للدولة لتوزيعها على صغار الفلاحين ، ويجرد

(١) محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مودة أحكام الدس بالدولة ١٢ و ١٣ ص ٩٣ .

كل أجنبي من ملكية أراضي الزراعة . وبذلك يكون قانون سنة ١٩٦٣ قد أحدث انقلاباً جوهرياً في تملك الأجانب للأراضي الزراعية في مصر ، قصر عن تحقيقه قانون سنة ١٩٥١ . ولم يعد الآن لأحد من الأجانب أرض زراعية يملكها في مصر . ولما كان نصريح رسمي قد صدر في يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ بعزم الحكومة على إصدار قانون سنة ١٩٦٣ ، ومضى أكثر من سنة قبل أن يصدر هذا القانون ، فقد أخذ كثير من الأجانب في بيع أراضيهم الزراعية لمصريين توقعاً لصدور القانون . ولهذا نصت المادة الثانية كما رأينا على أنه « لا يعتد في تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه . ما لم تكن صادرة إلى أحد المتقدمين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ » . فالتصرفات الصادرة من المالك الأجنبي لا يعتد بها إذن إلا إذا توافر فيها شرطان : (١) أن تكون ثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ : إذ التصرفات التي صدرت بعد ذلك أو كانت غير ثابتة التاريخ يفترض القانون أنها صدرت تخايلاً على قانون سنة ١٩٦٣ . (٢) أن يصدر التصرف لمصرى ، ومعنى ذلك أن التصرف إذا صدر لأجنبي لا يعتد به . ولو كان ثابت التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ . وهذا خطأ واضح ، فكل هذا التصرف يعتد به لا محالة ، ويستولى على الأرض الزراعية المتصرف فيها عند الأجنبي المتصرف له . ومن ثم لا يكون هناك داع لهذا الشرط الثاني . بل هو غير صحيح كما قدمنا ، ويكتفى بالشرط الأول .

وتقضى المادة ٤ من القانون بأن يؤدي إلى المالك الأجنبي ، الذي أخذت منه أراضي الزراعة وآلت إلى الدولة لتوزيعها على صغار الفلاحين طبقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي . تعويض يقدر وفقاً لأحكام هذا القانون الأخير . أى عشرة أمثال القيمة الإيجارية معتداً بالضرية السارية في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . وتقضى المادة ٥ من القانون بأن يؤدي التعويض سندات اسمية على الدولة لمدة ١٥ سنة بفائدة مقدارها ٤ ٪ سنوياً . وتكون السندات قابلة للتداول في البورصة ، ولا يجوز التصرف فيها لغير المصريين .

ونصت المادة ٦ من القانون على أنه « إذا كانت الأرض مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، استنزل من قيمة التعويض لمالكها ما يعادل جملة

الذين المضمون بهذا الحق في حدود التعريض . وللحكمة إذا لم تحل محل المدين في الدين أن تستبدل به سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات في مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ... » .

وتوجب المادة ٧ من القانون على كل مالك يخضع له أو من يمثله قانوناً تقديم إقرار بما يملكه أو يضع يده عليه . وتنص المادة ١١ من القانون على أنه « يجب على الجهات الحكومية أن تبلغ الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بكل حالة توول فيها ملكية أراض زراعية أو ما في حكمها إلى أجنبي بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد بعد العمل بهذا القانون . كما يلتزم من تلقى الملكية من الأجانب بتقديم الإقرار المنصوص عليه في المادة ٧ خلال شهر من تاريخ علمه بقيام سبب الملكية . وتستولى الحكومة في هذه الحالة على تلك الأراضي ، مقابل التعويض المقرر وفقاً لأحكام هذا القانون » .

وقضت المادة ١٢ من القانون بإلغاء القانون السابق عليه ، وهو القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ .

ونرى من ذلك أن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد جعل الحكومة تستولى على الأراضي الزراعية المملوكة للأجانب في مقابل تعويض ، وقد سلحت هذه الأراضي للهيئة العامة للإصلاح الزراعي لتوزيعها على صغار الفلاحين ، وأجرى كل ذلك وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي . ولم يعد الأجنبي صالحاً لملك أرض زراعية في مصر ، فقد جرد مما كان يملكه منها في الماضي ، وحرّم عليه أن يملك غيرها في المستقبل .

الفصل الثاني

قيود ترد على حق الملكية لصلحة الخاصة

٤١٨ — تصنيف هذه القيود : ترجع هذه القيود بوجه عام إلى الجوار ما بين الملاك . فهناك قيد عام يلزم الجار بالآ استعمال ملكه بحيث يضر بجاره

ضرراً غير مألوف . وهذا ما نبهته في الفرع الأول من هذا الفصل . ثم هناك حالات خاصة في الجوار . وهذا ما نبهته في الفرع الثاني . وهذه الحالات الخاصة هي (أولاً) حالات ترجع إلى الري والصرف ، من شرب ومجرى ومسيل . وهذه هي موضوع البحث الأول من الفرع الثاني . (ثانياً) حالات ترجع إلى التلاصق في الجوار ، وتتعلق بوضع الحدود وحق المرور والمطلات . وهذه هي موضوع البحث الثاني من نفس الفرع (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بيانا لهذه القيود : « فالقيود القانونية ... قد تكون قيود اقتضتها التزامات الجوار ، وهي التزامات قد رها القضاء المصري مستاهماً فيها الشريعة الإسلامية ، وقتها المشروع على الوجه الذي قرره القضاء . وقد تكون ما يسميه التقنين الحالي (السابق) بحقوق الارتفاق ، وقد نقلها المشروع من المكان المحصن لحقوق الارتفاق إلى المكان الذي ينبغي أن توضع فيه بين القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . وهي قيود متنوعة ، منها ما يرجع إلى الانتفاع بالمياه . وقد عني المشروع بتنظيم هذه القيود العناية التي تنبئ لبلد زراعى ... وقد أدمج المشروع أحكام التقنين المدني (السابق) والأحكام الأساسية للأمنحة الترع والجسور ، واستخلص من كل هذا نصوساً موحدة . بدأت بتقرير حق المالك على المساق والمصارف الخاصة ، ولكنها قيدت هذه الملكية تقييداً هاماً في مصلحة الجار . فقرررت حق الشرب للملاك المجاورين ، وأجازت لهم أن يستعملوا المساقاة أو المصرف الملوك الجار فيما تحتاج إليه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يستوفى المالك حاجته . ثم قرر المشروع حق المجرى للياه الكافية لرى الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك حق المسيل لمياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة ، ... ، وعالج ما ينجم عن هذه الحقوق من ضرر ، فقرر حق التعويض إذا أصاب الأرض ضرر من مساقاة أو مصرف يمس بها . ووجد جهة الاختصاص التي تفصل في هذه المسائل ، فجعلها الجهات الإدارية المهيئة في لأمنحة الترع والجسور ، بعد أن كان الاختصاص مشتركاً بينها وبين المحاكم - ومن القيود القانونية ما يرجع إلى حق المرور ، ولاية التقنين الحالي (السابق) هذا الحق إلا لأرض لا اتصال لها أصلاً بالطريق العام ، أما المشروع فيقرره أيضاً لأرض لها اتصال بالطريق العام ولكن بحد غير كاف . ثم يضع قيوداً معقولة ، إذ يقرر أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء ... ومن القيود القانونية ما يرجع إلى التلاصق في الجوار . وقد رتب المشروع على هذا التلاصق أن يكون لكل مالك الحق في إجبار جاره على وضع حدود لأماكهما المتلاصقة ... وما يترتب أيضاً على التلاصق في الجوار ألا يكون للجار على جاره مظل على مسافة تقل عن متر ، ودأخذ المشروع عن التقنين الحالي (السابق) هذا الحكم . وزاد عليه أن منع المظل المنصف على مسافة تقل عن نصف متر ، ونص صراحة على أن المناور يباح فتحها على أية مسافة ، وحسم خلافاً في كسب المظل بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦ - ص ٨) .

وقد سبق أن بحثنا . في عقد الإيجار ، حقوق مستأجرى الأماكن ،
ومستأجرى الأراضى الزراعية . وليست هذه الحقوق إلا بمثابة قيود ترد على
الملكية ، ويزداد عبؤها كل يوم .

الفرع الأول

القيود التى ترجع إلى الجوار بوجه عام (*)

(مضار الجوار غير المألوفة)

٤١٩ - نص قانونى : تنص المادة ٨٠٧ مدنى على ما يأتى :

- ١ - على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .
- ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التى
لا يمكن تجنبها . وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف .
على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات . وموقع كل منها بالنسبة

(د) مراجع : Ibering في القيود المفروضة على ملك العقارات لمصلحة الجيران :

الأعمال المختارة ترجمة Meuleneare سنة ١٨٩٣ جزء ٢ ص ١٠١ وما بعدها - Vercesco
في دراسة عامة في القيود التى ترد على حق الملكية رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - Ripert
في استعمال حق الملكية فيما يتعلق بالملكيات المتجاورة رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ - Farge
في الجوار في الأحياء الصناعية رسالة من جرينوبل سنة ١٩٢٣ - Demogue في الالتزامات
بوجه عام سنة ١٩٢٤ الجزء الرابع ص ٣٩٦ وما بعدها - Leyat في المسئولية في علاقات
الجيران رسالة من تولوز سنة ١٩٣٦ - مازوت في المسئولية المدنية الطبعة الرابعة الجزء الأول فقرة
٥٩٣ وما بعدها - Savatier في المسئولية المدنية الطبعة الثانية الجزء الأول سنة ١٩٥١
فقرة ٧٠ وما بعدها . Capitant في التزامات الجوار في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠
ص ١٥٦ وما بعدها و ص ٢٢٨ وما بعدها - وتعليقه في دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ٤٩ - Apert
في حقوق المالك قبل جيرانه في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص ٧١ وما بعدها -
وتعليقه في سيريه ١٩٠٥ - ٢ - ٤١ - Ripert تعليقه في دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٥ -
Crouzel في دراسات في المسئولية المدنية في Rev. gen. dr. سنة ١٩١٩ ص ٢٠ وما بعدها
و ص ٢٦٩ وما بعدها سنة ١٩٢٠ ص ١٤٠ وما بعدها .

إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق^(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المصرى كان يطبق هذه الأحكام ، مقتضياً فى ذلك أثر القضاء الفرنسى ، ومهتدياً بأحكام الشريعة الإسلامية^(٢).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى الحورى م ٧٧٦ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٦ - وفى التقنين المدنى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٩ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على التوجه الآتى : « لملك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث فى العين المجاورة ، أن يقاضى الحائز لهذه العين حتى يتخذ كل ما يلزم لاتقاء الخطر ، دون إخلال بحقه فى التعويض . ولهاك أيضاً أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة ، ريثما تفصل المحكمة فى النزاع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد حذف هذه الفقرة الثالثة اكفاء بالقواعد العامة ، وأصبح رقم النص ٨٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٤ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨ - ص ٣٤) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذا نص جوهرى فى المشروع يترتب التزامات الجوار فيجعلها التزامات قانونية . وهى الآن (فى التقنين المدنى السابق) التزامات لا مصدر لها إلا القضاء المصرى ، قررناها مهتدياً فى تقريرها بالشريعة الإسلامية ، فقنها المشروع كما هى مقررة فى القضاء المصرى وفى الشريعة الإسلامية معاً . فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١) .

وانظر فى أحكام القضاء المصرى : محكمة استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٣٠١ - الإسكندرية الوطنية ٢ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧١ ص ٧٥٣ - استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ - ٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١١ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٣٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ - وانظر مناقضا لذلك : استئناف مخطط ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤٧ .

وانظر فى الشريعة الإسلامية : م ٥٧ - ٦٣ مرشد الحيوان - وم ١١٩٥ - ١٢٠٩ مجلة الأحكام العدلية .

العراقي م ١٠٥١ - ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني^(١).
والنص كما نرى يعرض لمضار الجوار غير المألوفة ، ويوجب مسئولية المالك عنها . ومن هنا كان التزام المالك بالألا يحدث ضرراً غير مألوف لجاره قيداً يرد على حق الملكية ، وهو أقرب إلى أن يكون التزاماً عينياً (obligation réelle) لأنه يرافق الملك وينتقل معه أين ذهب^(٢) .
ونحدد أولاً حالة مضار الجوار غير المألوفة ، نتميزها عن غيرها من الحالات التي تلتبس بها . ونبحث بعد ذلك تقدير الضرر غير المألوف ، والأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه ، وكيف يكون هذا التعويض .

المبحث الأول

تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة

٤٢٠ - وبموجب التمييز بين حالات ثلاث : حتى نحدد حالة مضار

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٥١ : ١ - لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً بالجوار

ضرراً فاحشاً . والضرر الفاحش بزال ، سواء كان حادثاً أو قديماً . ٢ - وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث في ابعين المجاورة ، أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر ، وله أيضاً أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع . ٣ - وإذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً ، فجاء آخر وأحدث في جانبه بناءً وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه .
(وأحكام هذا النص تتفق في مجموعها مع أحكام نص التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن النص لا يتعارض أحكامه مع القواعد العامة) .

وقد ورد في المادة ٩٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني ما يأتي : « يتحتم على كل صاحب عقار يريد أن يباشر في أرضه أعمالاً شأنها أن تلحق ضرراً بالأراضي المجاورة ، كالنقب والسيرو والحفر وإقامة مشروعات خطرة أو مزعجة أو مضرّة بالصحة ، أن يتقيد بالأنظمة المحلية التي تحدد المسافة الواجب حفظها بينه وبين تلك الأراضي ، أو تعين الحواجز الواجب إقامتها بينهما » .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

الجوار غير المألوفة تحديداً دقيقاً . فلا تنبئس بغيرها من الحالات التي تقرب منها . يجب أن نميز بين حالات الثلاث : (١) حالة الخطأ في استعمال حق الملكية . (٢) حالة التعسف في استعمال حق الملكية . (٣) حالة مضار الجوار غير المألوفة (١) .

§ ١ - الخطأ في استعمال حق الملكية

٤٢١ - مخافة المالك للقوانين واللوائح : قدمنا أن حق الملكية ليس حقاً مطلقاً ، وأن المالك في استعماله إياه يجب أن يعمل في حدود القوانين واللوائح التي تقيد من حق الملكية . فإذا هو أدخل بأى التزام فرضته عليه هذه القوانين واللوائح . كان الإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية .

فإذا أدار المالك مثلاً محلاً مقلقا للراحة أو مضراً بالصحة أو خطراً ، دون أن يحصل على رخصة في إدارته ، ودون أن يراعى الاشتراطات التي أوجبها اللوائح في هذا الشأن ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ . فإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر يلحق جيرانه ، كان عليه أن يعرض هذا الضرر وفقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية . وكذلك إذا أدار محلاً عاماً دون أن يراعى الأحكام التي فرضتها اللوائح في هذا الشأن ، أو ركب آلة بخارية دون أن يحصل على رخصة إدارية مخالفاً بذلك أحكام اللوائح ، وتسبب عن المحل العام أو عن الآلة البخارية ضرر للجيران ، وجب عليه تعويض هذا الضرر طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية . وإلى هنا لا يوجد جديد ، فنحن في نطاق القواعد العامة نطبقها تطبيقاً كاملاً على المالك إذا أضر جيرانه في استعمال ملكيته .

٤٢٢ - ارتكاب المالك خطأ : وقد لا يرتكب المالك مخالفة للقوانين

(١) ويلاحظ أن هذه الحالات الثلاث ليست مقصورة على حق الملكية ، بل هي حالات عامة تشمل الملكية وغيرها . فالخطأ يتناول المسئولية التقصيرية ، والتعسف في استعمال حق الملكية هو فرع عن التعسف في استعمال الحق بوجه عام ، ومضار الجوار غير المألوفة تشمل المالك والمنفعة والمستأجر وغيرهم من الجيران . ولكننا نقصر هنا على تطبيق هذه الحالات على حق الملكية دون غيره .

واللوائح إذا وجدت ، ومع ذلك قد يرتكب خطأ تقصيرياً في استعماله للملكه ، وذلك بأن ينحرف في هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد . فإذا تسبب عن هذا الانحراف أن أضرب بجاره ، فإنه يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية في حدود القواعد العامة .

مثل ذلك أن يهمل في تجنب جاره خطر الحريق ، فيشعل النار وهو في ملكه ، وقد تكون حرفته التي يمارسها في المكان الذي يملكه تقتضي إشعال النار . فينبعث منها شرر إلى الجار ، يكون سبباً في إحداث حريق عنده^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يحدث ضجيجاً في الدار التي يملكها ، وكان في وسعه ألا يحدث هذا الضجيج ولا هو في حاجة إليه ، فيقلق راحة جاره بهذا الضجيج . ومثل ذلك أخيراً أن يستعمل المكان الذي يسكنه ، وهو دار للسكنى في حي هادئ ، مكاناً للرقص والحفلات الصاخبة ، فينحرف بذلك عن سلوك الشخص المعتاد ، ويكون مسئولاً نحو جيرانه الذين أقلق راحتهم بهذا الصخب . وكذلك الحال في أي تصرف للمالك ينحرف فيه عن سلوك للشخص المعتاد ، فيصيب جاره بالضرر ، فإنه يكون مسئولاً عن تعويض هذا الضرر مهما كان ضئيلاً ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية^(٢) . وإلى هنا أيضاً لا يوجد شيء جديد ، فالمالك قد ارتكب خطأ بانحرافه عن سلوك الشخص المعتاد ، فأضر بالجار . فيكون مسئولاً عن تعويض أي ضرر يصيب الجار ، مهما ضوّل هذا الضرر ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية^(٣) .

(١) نقض فرنسي ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٨ ميرييه ٧٩ - ١ - ٥٣ - ٧ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٠٢ .

(٢) نقض فرنسي ١٩ يناير سنة ١٨٧٦ ميرييه ٧٦ - ١ - ١٤٥ - ٧ فبراير سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٣٩ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ٥ - ٢٣ - ٧ دانيول وريير ويبيكار ٣ فقرة ٤٥٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك لا تكب خطأ إذا استعمل في حي قديم متداعية مبانيه طريقة حديثة في البناء ، من شأنها أن تحدث هزات شديدة تترتب عليها زعزعة الدائق المجاورة (استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٦٥) .

(٣) ولا جديد أيضاً فيما نصت عليه المادة ١٧٧/١ من أن « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الهدام البناء من ضرر ، ولو كان الهدام جزئياً ، ما لم يثبت »

٢ - التعسف في استعمال حق الملكية

٤٢٣ - صور التعسف في استعمال حق الملكية : يتحقق التعسف في استعمال حق الملكية ، كالتعسف في استعمال أى حق آخر ، في صور ثلاث نصت عليها المادة ٥ مدنى إذ تقول : « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ^(١) . »

٤٢٤ - فهم الإضرار بالغير : هذه هى أول صورة من صور التعسف ، وهى أكثر الصور وضوحاً . فلو أن المالك ، وهو يستعمل حق الملكية ، كان الدافع له على ذلك هو إحداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك ، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسئوليته .

= أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه . فالمسئولية هنا قائمة على خطأ ذى شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل لذلك . فعل المضرور أولاً أن يثبت أن الضرر الذى أصابه نجم من تهم البناء ، فإذا ما أثبت ذلك ، كان على حارس البناء حتى يدفع مسئوليته أن يثبت أن تهم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه . وهو يستطيع ذلك بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، وهذا هو الشق المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس كما فى . فإذا لم يستطع أن يبنى هذا الشق ، بقى مفروضاً في جانبه . وكذلك بقى الشق الثانى مفروضاً ، ولكن الفرض هنا غير قابل لإثبات العكس ، ويعتبر الإهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوب إلى خطأ الحارس (انظر الوسيط ١ فقرة ٧٢١) . والمسئولية هنا تقوم في جانب الحارس لا المالك ، ولكن الكثرة الغالبة من الأحوال أن يكون الحارس هو عين المالك . ثم تنص المادة ١٧٧/٢ مدنى على ما يأتى : « ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقرم بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه . » وهنا المسئول عن اتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر هو المالك (قرب الفقرة الثالثة التى حذفت من نص المشروع تهديد المادة ٨٠٧ مدنى : انظر أيضاً فقرة ٤١٩ فى الفاضل) .

(١) انظر أدور سلطان في نظرية التعسف في استعمال حق الملكية - لمة القانون والاقتصاد

١٨٧ ص ٧١ وما بعدها .

مثل ذلك أن يفرس المالك أشجاراً في أرضه ، بقصد حجب النور عن جاره . ويؤخذ قرينة على قصد المالك الإضرار بجاره ألاً يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذي اختاره مع عامه بالضرر الذي يلحق الجار ، فيعتبر متعسفاً المالك الذي يقيم حائطاً في حدود ملكه بستر النور وينع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له^(١) . أما إذا أقام الحائط ليستر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض^(٢) . وإذا أقام المالك في ملكه مدخنة لا نفع له منها ، وإنما قصد بها إيذاء الجار ، فإنه يكون متعسفاً^(٣) . أما إذا أقامها لنفع منها يقصده ، ولكنه وضعها في مكان يؤدي به الجار وكان يمكن تجنب هذا الأذى لو أنه أقامها في مكان آخر ، فإنه لا يكون متعسفاً ، ولكنه يكون قد ارتكب خطأ في استعمال حق ملكيته إذ انحرف في هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد^(٤) .

٤٢٥ - رجاء الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً : وهذه الصورة

الثانية من صور تعسف المالك في استعمال حق ملكيته لا يتبين فيها على وجه قاطع أن المالك قد قصد الإضرار بالجار ، ولكن يثبت أن المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ومن يفعل ذلك فهو إما عابث مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس

(١) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٨٦ ص ١٢٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ - استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٩ ص ٧٢٣ - مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يكون قد أساء استعمال حقه إذا أقام على حدود ملكه بناء تصل قمته إلى نصف ارتفاع الطبقة التالية من عقار الجار ، وكان ذلك مجرد مضايقة هذا الجار (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٢٥٢) . وقضى بأنه لا حق للجار في مطالبة جاره بتعويض ما يلحق زراعته من الضرر بسبب ظل أشجاره ، إلا إذا ثبت أن صاحب الشجر تعد بفرسه الإضرار به أو أهمل في اتباع الأصول الزراعية ، وفي غير هاتين الحالتين يعتبر ما يحدثه الظل من الأضرار العادية التي لا مفر للجيران من التسامح فيها (الترقازيق الجزئية ٢٢ أكتوبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١١٢ ص ٢٢٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

(٣) بدرى وشوفو فقرة ٢٢٢ ص ١٦٩ - Collier - ٢ مايو سنة ١٨٥٥ دالوز

٩ - ٢ - ٥٦ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ٦ ص ٨ -

من ضرر بلوغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، وإلما منظر على نية خفية يضرر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة خير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفي الحالتين يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، وارتكب خطأ يستوجب مسئوليته ،^(١) .

مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٨١٨ مدني إذ تقول : « ومع ذلك فليس للمالك الحائض أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي ، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر بالحائط » . فالمالك الذي يهدم حائطه إنما يستعمل حق ملكيته ، ولكن إذا كان الهدم دون عذر قوي ، أي لا يحقق إلا مصلحة محدودة الأهمية ، فإن مصلحة الجار الذي يستتر بالحائط في بقاءه مستتراً به ترجح رجحاناً كبيراً مصلحة المالك في هدم الحائط . ومن ثم يعتبر هدم الحائط تعسفاً في استعمال حق الملكية ، ويستوجب مسئولية المالك .

ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدني من أن « للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا ثبت الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . فهنا يكون استعمال المالك لحق الارتفاق لا نفع له منه ، أو إذا نفع محدود الأهمية لا يتناسب البتة مع أعباء حق الارتفاق الواقعة على الجار . ويكون إصرار المالك على استعمال حق الارتفاق بالرغم من ذلك تعسفاً منه في استعمال هذا الحق (واستعمال حق الارتفاق ضرب من استعمال حق الملكية) ، ومن ثم نص القانون على جواز أن يطلب الجار التحرر من حق الارتفاق .

ونظير ما تقدم في المثل السابق ما نصت عليه المادة ٢/١٠٢٣ مدني إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فللمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً للمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق » .

٤٢٦ - عدم مشروعية المصالح التي يرمى المالك إلى تحفيها : وفي

هذه الصورة الثالثة من صور التعسف في استعمال حق الملكية ، لا يقصد المالك الإضرار بالجار كما في الصورة الأولى ، وليس للجار مصلحة ترجع رجحانا كبيرا مصلحة المالك كما في الصورة الثانية ، بل إن المالك في استعمال حق الملكية إنما يقصد إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . فيكون المالك في هذه الصورة متعسفا في استعمال حق ملكيته ، وتحقق مسئوليته قبل الجار الذي أضر به على هذا الوجه .

مثل ذلك المالك الذي يضع أسلاكاً شائكة أو أعمدة مدببة في حدود ملكه ، حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها في أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بثمان مرتفع ، فيكون متعسفاً في استعمال حق ملكيته ويلزم بإزالة الأسلاك الشائكة أو الأعمدة المدببة^(١) . ومثل ذلك أيضاً مالك العقار أجر عقاره لمن أقام عليه مصنعا ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع ، فيمتنع المالك من الترخيص للمستأجر (بائع المصنع) في الإيجار الباطن لمشتري المصنع ، وذلك لا توفيا لضرر ، بل سعيا وراء كسب غير مشروع يحنيه من المستأجر . وقد قضى القانون في هذه الحالة بإبقاء الإيجار للمشتري إذا قدم ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق ، وذلك جزاء لتعسف المالك في استعماله لحق ملكيته وامتناعه عن الترخيص في الإيجار من الباطن . وتنص المادة ٢/٥٩٤ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق » . ومثل ذلك أخيراً المالك الذي يتخذ من داره ملحقاً للمشتبه في سلوكهم ، أو منزلاً للدعارة ، أو مأوى للصوم .

(١) نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٩١٥ دالوز ١٧ - ١ - ٧٩ - كاربونييه ص ١٩٦ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يسيء استعمال حقه إذا هو أحاط أرضه بأسلاك شائكة ، وهو يقصد بذلك منع الانتفاع بالمطار المجاور له ، بأن يجعل به طائرات فيه مخوفاً بالمطار (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ من ٢١١)

§ ٣ - مضار الجوار غير المألوفة

٤٢٧ - وجوب تمييز مائة مضار الجوار غير المألوفة عن الحالتين

السابقتين : والآن نفرض أن المالك قد أضر بجاره وهو يستعمل حق ملكيته ، ولكنه في هذا الاستعمال لم يرتكب أى خطأ . فلم يخالف القوانين واللوائح ، ولم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . ولم يفرض القانون خطأ في جانبه . وبذلك نكون قد ابتعدنا عن الحالة الأولى من الحالتين السابقتين ، حالة الخطأ في استعمال حق الملكية . كذلك يثبت أن المالك ، وهو يستعمل حق ملكيته ، لم يتعسف في استعمال حقه . فلا هو قصد الإضرار بالجوار ، ولا كان للجوار مصلحة ترجح رجحانا كبيرا على مصلحته ، ولم يهدف المالك في استعمال حق ملكيته إلى تحقيق غرض غير مشروع . وبذلك نكون قد ابتعدنا أيضاً عن الحالة الثانية من الحالتين السابقتين ، حالة التعسف في استعمال حق الملكية .

ومع ذلك فإن المالك ، وهو يستعمل حق ملكيته ، قد أضر بجاره ، فهل يكون مسئولاً مع أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه ؟ تجيب الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كما رأينا : « ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف » . ومن ذلك نرى أن المالك لا يكون مسئولاً إلا إذا كان الضرر الذى أصاب الجار قد تجاوز الحد المألوف (١) . أما إذا لم يتجاوز هذا الحد وبقي في نطاق الضرر المألوف الذى لا يمكن تجنبه ما بين الجيران فهو غير مسئول (٢) . فمسئولية المالك إذن تكون عن الضرر غير المألوف للجوار ، أى عن الضرر الفاحش الذى يصيب الجار (٣) .

(١) انظر المادة ٩٠٦ مدنى ألماني والمادتين ٦٨٤ - ٦٨٥ مدنى سويسرى

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ - ص ٢٨٦ - ص ٢٨٧ -

بودرى وشوفر فقرة ٢١٨ - بلانيول وبيير وبولانجييه ١ فقرة ٣٠٥٩ .

(٣) أما في فرنسا ، فلا يوجد نص تشريعى كص المادة ٨٠٧ مدنى مصرى ، ونقريه مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة كان من عمل القضاء الفرنسى ، وقد اقتضت ذلك من التطورات الاقتصادية التى حدثت بعد صدور القانون المدنى الفرنسى في سنة ١٨٠٤ (انظر بلانيول وروبيير وبيكار ٣ فقرة ٤٦٠) .

ويتبين في وضوح الفرق ما بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالتي الخطأ في استعمال حق الملكية والتعسف في استعمال هذا الحق . ففي حالة الخطأ في استعمال حق الملكية ، يكون هناك خطأ : ثابت أو مفترض ، في جانب المالك ، ولذلك يعرض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلاً . وفي حالة التعسف في استعمال حق الملكية ، يكون هناك إما قصد المالك الإضرار بالجوار أو رجحان مصلحة الجار رجحاناً كبيراً أو قصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ولذلك يعرض المالك هنا أيضاً عن الضرر مهما كان ضئيلاً . أما في حالة مضار الجوار غير المألوفة وهي الحالة التي نحن بصدددها ، فلا يكون هناك أى خطأ في جانب المالك ، ولا يكون المالك متعسفاً في استعمال حق ملكيته ، فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجاً عن حدود حق الملكية ولا تعسفاً في استعمالها ، بل كل ما هنالك هو أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجوار ، ولذلك لا يعرض المالك جاره عن الضرر إلا إذا كان ضرراً غير مألوف أى ضرراً فاحشاً ، ولا يعرض عن الضرر المألوف أى الضرر الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران (١) .

٤٢٨ - الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الجوار غير المألوفة :

تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والمبدأ

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لقاعدة ه مدني ، وهي المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق ، تدخل ضمن الصور المختلفة للتعسف في استعمال الحق صورة يمكن أن تشمل حالة مضار الجوار غير المألوفة . فقد كان المشروع يجعل استعمال الحق غير جائز في صورة ما إذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يعطل حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحل دون استعمالها على الوجه المألوف » . وكتبنا في الوسيط في هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثاني ليس إلا المعيار الذي يطبق في حقوق الجوار ، وهو معيار الضرر الفاحش . وقد حذف في المشروع النهائي ، لأن مضار الجوار في القانون المدني الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً في استعمال الحق ، بل هو خروج عن حدود الحق » (الوسيط ١ فقرة ٥٦٣) . وكتبنا أيضاً : « ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدني الجديد رسمت حداً لحق الملكية ، فقضت ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، وأن للجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف . فإخراج على هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجاً على حدود الحق ، لا تعسفاً في استعماله » (الوسيط ١ فقرة ٥٥١ ص ٣٨٢ هامش ٤) - قارن حين كثيرة فقرة ٩٨ ص ٣٢٠ - ص ٣٢١ - استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٧ ص ١٦٥ .

الأساسي الذي وضعه النص هو أنه المالك عن أن يغيب في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . فهناك إذن شرطان لمثلية المالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك في استعمال حقه . والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين أن العمل الصادر بالجار لا يوجب المسؤولية حتماً . من لامة أن يكون في العمل غلو من المالك في استعمال حقه . وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو . ورسمت له معياراً مرناً لا قاعدة جامدة . فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار . فالمعيار إذن هو الضرر غير المألوف . ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف ، وإلا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم . أما إذا أحدث عمل المالك ضرراً غير مألوف للجار ، فلا بد من تعويض هذا الضرر . وهذا ما تقضي به المادة ٥٧ من كتاب مرشد الحيوان ، إذ تنص على أن « للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالصة ملكه الذي ليس للغير حق فيه . فيعلل حائطه ، ويبني ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً » . فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف . وقد عرفت المادة ٥٩ من كتاب مرشد الحيوان بما يأتي : « الضرر الفاحش ما يكون سبباً لو هـن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية ، فليس بضرر فاحش » . ونصت المادة ٦٠ على أنه : لا يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قدماً أو حادثاً ، (١) .

وبمخلص من ذلك أنه يمكن إرجاع الشروط كلها إلى فكرة الغلو في استعمال المالك لحق الملكية ، ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك . في استعماله لحق ملكيته ، الجار بضرر غير مألوف (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١ - ص ٣٢ .

(٢) ومن التطبيقات العملية لمضار الجوار غير المألوفة المضار التي تنشأ من مجاورة المصانع ، وهي ناجمة من الروائح الكريهة التي تنبعث منها وعمما تنشره من الدخان وما تحدثه من الجلبة ، والضوضاء (نقض فرنسي ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ١ - ١٥٣ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ - ١ - ٢٢٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٢٨٥ - ١٨ يونيو سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ٢١٢ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ١) . وكذلك المضار التي تنشأ من مجاورة المزارع ودور البغاء والمستشفيات والمدارس (نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٥ : المزارع والكارينوهات - نفس فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٦٠ دالوز ٦١ - ١ - ٣٣١ - ٨ يوليو سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ -

المبحث الثاني

تقدير الضرر غير المألوف والأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه وكيف يكون هذا التعويض

§ ١ - تقدير الضرر غير المألوف

٤٢٩ - اعتبارات مختلفة في تقدير الضرر غير المألوف : الضرر غير المألوف هو كما قدمنا الضرر الذي يزيد على الحد المعهود فيما يتحملة الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار . فإذا زاد الضرر على هذا الحد ، كان ضرراً غير مألوف ، ووجب التعويض عنه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني ، كما رأينا . في هذا الشأن : « وإنما له (للجار) أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف ،

١ - ٢٣١ : دور البغاء - بموجب د فبراير سنة ١٩٠٢ La loi ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٢ : الماشفيات - باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٣٢ : المدارس) . والمضار التي تنشأ من مجاورة السكك الحديدية بما تنشره من دخان وتحته من ضوضاء وتسببه من حرائق (نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٤٣٩ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٣ سريه ١٩٠٤ - ١ - ٩٣) . والمضار التي تنشأ من استغلال المناجم ومن القيام بتنفيذ الأشغال العامة : انظر في كل ذلك بلانيول وبرييه وبيكار ٣ فقرة ٤٩١ - فقرة ٤٩٢ وفقرة ٤٦٤ - فقرة ٤٦٧ - انظر أيضاً بودري وشوفو فقرة ٢١٩ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر ، ولولم يخالف في عمله نصاً من نصوص القانون واللوائح ، وذلك متى كان الضرر فاحشاً متجاوزاً الحد المألوف بين الجيران . فإذا أنشأت الحكومة محطة من محطات الجار على قطعة من أملاكها أفلقت إدارتها راحة السكان في حي مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ الحماية ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١) . وقضى بأن شركة الصنادق التي تقيم جهازاً لتوليد الكهرباء في ملحق فندق آمنكم تكون مسئولة عن الأضرار التي تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز (مصر المحظوظة ٥ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٠٦ ص ٤٩٢) - انظر أيضاً استئناف مصر ٢٨ يناير سنة ١٩٢٨ الحماية ٩ رقم ٢١٢ ص ٣٨٠ - استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٨٦ ص ١٢٦ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٩ م ٤٢ ص ٩ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٢ ص ٢٥٨ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٣ ص ٢٤ .

وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له . ونقول بالذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد قضت المادة .. بأنه يراعى فى تحديد الضرر غير المؤلف اعتبارات مختلفة منها : (أ) العرف . (ب) وطبيعة العقارات . (ج) وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر . (د) والغرض الذى خصصت له . فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضرراً مؤلوفاً فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة ، يعتبر ضرراً غير مؤلوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها ويمكنى العلية من الناس . فإذا فتح محل مقلق للراحة فى وسط المساكن الهادئة ، كان فى هذا ضرر غير مؤلوف يجب إزالته » (١) .

فدرى من ذلك أن معيار « الضرر غير المؤلف » معيار مرن . وليس بقاعدة جامدة . فيتكيف مع الظروف المختلفة . ويواجه الحاجات المتغيرة ، ويستجيب لمقتضيات كل منها . وهو معيار موضوعى لا معيار ذاتى ، فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية . كأن يكون الجار مريضاً أو منشغلاً بأعمال تقتضى الهدوء التام ، فيزعج لأية حركة ولو كانت مألوفاً (٢) . وإنما العبرة بحالة الشخص المعتاد ، وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحملة فيما بين الجيران . فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضرراً غير مؤلوف بالنسبة إليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم ، أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ .

(٢) دلابول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٢ ص ٤٦٦ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٣ - عبد المنعم فرج البسة فقرة ٥٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦٢ - وانظر فى عدم الاعتداد بالظروف الشخصية للجار فى تقدير مسئولية المالك : محمد على عرفة فقرة ١٩٣ ص ٢٤٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٨٨ - حزن كبيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٨ - عبد المنعم فرج البسة فقرة ٥٩ ص ٩٣ - ص ٩٤ (ويعتبر الغرض الذى أعد له المقار من الظروف الشخصية التى لا يعتد بها) - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٧ - ص ٥٨ - وانظر فى أن التزام الفرنسي يعقد بالظروف الشخصية مازو فقرة ١٣٤٣ ص ١٩٠٧ (والأحكام التى أشار إليها) ..

ومن ثم كانت الاعتبارات التي يعتد بها في تقدير الضرر غير المؤلف كلها اعتبارات موضوعية ، وقد ذكر منها النص فيما رأينا ما يأتي (١) :

(أ) العرف : فاجرت به العادة بين الجيران أن يتحملة بعضهم من بعض ، كأن يخرج المالك من داره في وقت مبكر أو يرجع إليها في وقت متأخر ، فيحدث حركة محسوسة ، وبخاصة إذا كان يستخدم السيارة في رواجه وغدوه ، كل هذا جرى العرف باعتباره ضرراً مألوفاً لا يمكن تجنبه ، فعلى الجيران أن يتحملوه ، وليس لهم أن يرجعوا بشيء على المالك . كذلك جرى العرف ، في الأعياد والمواسم وفي مناسبات مختلفة ، أن تشتد الحركة ويكثر الجلب ، وبخاصة بين الصبية الصغار أو في مناسبات الأفراح أو المآم أو الحفلات ، فكل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها . وعلى الجيران أن يتحملوها دون الرجوع على المالك (٢) . ويعتبر أيضاً في العرف ظروف المكان ، فما يعتبر ضرراً مألوفاً في الريف قد يعتبر ضرراً مألوفاً في المدن (٣) .

(ب) طبيعة العقارات : ولطبيعة العقار اعتبار في تقدير الضرر غير المؤلف . فإذا كان العقار محلاً عاماً أو مقهى أو فندقاً أو حانوتاً للتجارة أو نحو ذلك ، تحمل من الضوضاء والجلبة أكثر مما يتحمل المسكن الهادئ . فما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى هذه الأمكنة العامة يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى المسكن . وما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى مصنع تلور فيه الآلات وتختشد فيه العمال وتشتد الضوضاء ، قد يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى مدرسة أو إلى مستشفى .

(ج) موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر . فصاحب السفلى يجب ، بطبيعة موقعه من العلو ، أن يتحمل من العلو ما لا يتحمل العلو من السفلى ، بهذا قضى موقع السفلى من العلو . والعقار الذي يجاور الطريق العام أو السكك

(١) وتقدير ما إذا كان الضرر يعد ضرراً غير مألوف على هذا النحو مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (أنسيكلوبيدي دالوز : Propriété ، فقرة ١٦٤ - إسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٢ - حسن كبيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٥ - وبه التعم فرج البصة فقرة ٥٩ ص ٩٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٦) .

(٢) مازو فقرة ١٣٤٣ ص ١٠٩٧ .

(٣) إسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٢ .

الحديدية أو المتاع بتعود من الضوضاء ما يزعج النفاذ الموجود في مواقع نائية عن ذلك ، فما يكون ضرراً مألوفاً للأول قد يكون ضرراً غير مألوف للآخر . والعقارات الواقعة في أحياء العمال يتحمل بعضها من بعض ما لا تخمله العقارات الواقعة في أحياء البورجوازية . فما يكون ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى أحياء العمال قد يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى الأحياء البورجوازية .

(د) الغرض الذي خصص له العقار : فالعقار الذي خصص للسكنى الهادئة غير العقار الذي خصص لأغراض تقتضي دوام الحركة واختلاف الناس عليها ، فما يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى الأول قد يكون ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى الآخر . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا : « فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضرراً مألوفاً في ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة يعتبر ضرراً غير مألوف في ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس . فإذا فتح محل مقلق للراحة في وسط هذه المساكن الهادئة ، كان في هذا ضرر غير مألوف يجب إزالته » (١) .

٤٣٠ - سبب الترفيع الإدارى للمالك : ولا يمنع الضرر من أن يكون غير مألوف سبق الترخيص الإدارى للمالك . فقد يحصل مالك المحل المقلق للراحة أو المضر بالصحة أو الخطر على رخصة إدارية بإدارة محله ، ولكن هذه الرخصة لا تمنع من أن يعتبر الجار الضرر الذى يصيبه من جوار هذا المحل ضرراً غير مألوف وبطلب التعويض عنه . فالرخصة الإدارية إنما تبيح إدارة المحل دون أن تكون هناك مسئولية جنائية على صاحبه ، ولكنها لا شأن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجرى على قطعة من أملاكها أفلقت إدارتها راحة للسكان في حى مخصص للسكنى ، كان لمولاه السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١ - وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم انظر آنفاً فقرة ٤٢٨ في الهامش) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشركة التى تقيم مصانع وآلات في أحياء السكن تكون مسئولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٢٢ ص ٢٤٦) .

والعقار المخصص ليكون مسعة أو مستش قد يكون الضرر المألوف بالنسبة إليه ضرراً غير مألوف ، ويبقى المعيار مع ذلك معياراً موضوعياً لا معياراً ذاتياً (انظر حسن كبرى فقرة ٩٩ ص ٣٢٧ هامش ٢) .

لها بعلاقة الجيران بعضهم ببعض . فإذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له إدارياً ، لم يمنع هذا الترخيص الجار المضروب من الرجوع على مالك المحل . وتقول العبارة الأخيرة : « من الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني كما رأينا : « ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » (١) :

٤٣١ — الجار يستجد على المالك أو أسبقية المستفحل (préoccupation) :

وهنا نفرض أن المالك كان يدير مصنعه دون أن يكون له جار . فلم يكن يلحق بأحد ضرراً غير مألوف . ثم جاء الجار فبنى داره بجوار المصنع فاستجد على المالك . ولحق الجار من جراء إدارة المصنع ضرر غير مألوف ، فهل لهذا الجار المستجد أن يتضرر من مجاورة المصنع وهو الذي معنى إلى مجاورته ؟ تجيب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على هذا بما يأتي : « أما إذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم ، وقد وجد في ناحية مناسبة له ، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة ، فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة ، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه ... ونصت المادة ٦٣ (مرشد الجيران) على أنه إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفاً مشروعاً ، فأحدث غيره بجواره بناءً جديداً ، فليس للحدث أن يتضرر من شبابه الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يحول دون ذلك (دون طلب إزالة الضرر غير المألوف) الترخيص الإداري الذي يعطى لهذا المحل ، وقد جرى القضاء المصرى على ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢) .

نقض فرنسي ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٦٩ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٩٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٥ هامش ١١ - بودري وشوفو فقرة ٢٢٥ - ديموج ٤ فقرة ٧٢٩ - دانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦٣ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٢٦ - مازو فقرة ١٣٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ - ٣٣ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٤ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معالي . فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان يتصاعد من معالي . - تنص المادة ١٠٢٦ : « لأنه جار جارٍ عليها ، =

ونرى من ذلك أن الجار الذي يستجد على المالك ليس له أن يشكو من حضار جوار هذا المالك ولو كانت غير مألوفة ، لأنه هو الذي سعى إلى جوار المالك وهو عالم بما في هذا الجوار من مضار ، فيكون قد ارتضى به ضمنا .

ومع ذلك فإن هذه القاعدة غير مطردة . وكثير من أحكام القضاء الفرنسي تقضى بأن المالك القديم الذي يكون مصدر ضرر غير مألوف لجيرانه ، مهما كان هؤلاء الجيران مستجدين ومهما كان هو من الملاك القدامى ، لا يكسب بمجرد قدمه حقاً في أن يعفى من التعويض عما يحدثه من ضرر غير مألوف للجيران . بل يكون مسئولاً نحوهم ، أو في القليل يكون هناك خطأ مشترك (faute commune) بينه وبين الجار الحديث ، هو لأنه يتسبب في ضرر غير مألوف للجار ، والجار الحديث لأنه جاور المالك وهو على بينة من مضار هذا الجوار . أضف إلى هذا أن الجار الحديث قد لا يكون عالماً بما يتطوى عليه الجوار من ضرر غير مألوف ، أو قد يكون عالماً به ولكن الضرر تفاقم واشتد بعد أن أتى الجار الحديث واستقر في جواره للمالك ، ولا يجوز على أى حال للمالك القديم أن يدعى أنه كسب بمجرد أسبقيته حقاً في أن يتحمل منه جيرانه ولو استجلبوا ضرراً غير مألوف دون أى تعويض (١) .

= ولأنه تخير في بناء داره نقطة ظاهرة العيب . وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شيء من ذلك (استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٩٢٦ ص ٤٩٨) . وتنص الفقرة ٣ من المادة ١٠٥١ مدني عراق ، كما رأينا ، على ما يأتي : « وإذا كان أحد ينصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً ، فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه » (انظر آنفاً فقرة ٤١٩ في الخاتمة) .

(١) نقض في نسي ١٠ فبراير سنة ١٩٠٧ د اللوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٥ - ٤ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ٢ - ٩٥٠ - بودري وشوفو فقرة ٣٢١ - مازو فقرة ١٣٤٤ - شفيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٨ - حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٨ - ص ٣٣٠ - إسماعيل غانم فقرة ٦٣ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٩ .

وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا جاور مصنع أرضاً فضاء ، فاشترى شخص هذه الأرض لم يكن له الرجوع على صاحب المصنع لأنه اشترى الأرض بشئ روعى فيه الضرر الناشئ من مجاورة المصنع (مازو وتونك ١ فقرة ٦٠٢ - فقرة ٦٠٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٨٧) . ولكن هذا الرأى يؤدي إلى أن المالك الأصل للأرض - وهو الذي باعها للمشتري - يكون هو -

والذى يمكن التسليم به إجماعاً فى هذا الصدد هو أن الجار الحديث إذا أتى ، ووجد الحى كله مليئاً بالمصانع والمحال المقلقة للراحة ، فأصبح الضرر غير المؤلف مألوفاً فى هذا الحى على وجه جماعى (préoccupation collective) لا على وجه فردى (préoccupation individuelle) ، فلا حتى له بعد ذلك أن يتضرر من الجوار بعد أن أقدم عليه طائعا مختاراً ، ولا يكون الملاك الذين سعى هو لجوارتهم مسئولين نحوه عن الضرر ، مهما كان هذا الضرر غير مؤلف (١) .

§ ٢ - الأساس القانونى الذى يقوم عليه الالتزام بالتعويض

ن الضرر غير المؤلف

٤٣٢ - **اختلف الفقهاء فى فرنسا :** نلاحظ بادئ ذى بدء أن التقنين المدنى الفرنسى لا يشمل على نص يناظر المادة ٨٠٧ مدنى مصرى ، فهو إذن لا يستطيع أن يجد سنداً تشريعياً لمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المؤلف . أما فى مصر فالمادة ٨٠٧ مدنى سند تشريعى قائم لا يجوز الخلاف فيه ، وكل ما يمكن أن تدور حوله المناقشة هو تأصيل هذا النص ورده إلى وجه معين من وجوه المسئولية .

ولما كانت مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المؤلف فى فرنسا هى من عمل القضاء دون سند تشريعى تقوم عليه كما قدمنا ، فقد اختلف الفقهاء الفرنسيون فى تحديد الأساس القانونى الذى تقوم عليه هذه المسئولية . وقد التزموا فى ذلك ، ما دام السند التشريعى معدوماً ، نطاق القواعد العامة . فمنهم من رد مسئولية المالك إلى التزام قانونى هو التزام الجوار ، ومنهم من

والذى تحمل الحسارة دون أن يرجع على صاحب المصنع ، مع أن المصنع لاحق لوجود الأرض ، فكان الواجب أن يرجع المالك للأرض على صاحب المصنع بالتعويض عن الضرر غير المؤلف (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٤ هامش ٣) .

(١) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٢ - كاربونيه ص ١٩١ - إسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٥ هامش ١ - حسن كبرى فقرة ٩٩ ص ٣٢٩ هامش ٢ - وإلى ذلك تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت فيما رأينا : « أما إذا كان المثل المقلق قراحة هو التمدد ، وقد وجد فى ناحية مناسبة له ... » (انظر أننا نفس الفقرة) .

ودها إلى نظرية التمسك في استعمال حق الملكية ، ومنهم من جعل المسؤولية مبنية على نظرية تحمل التبعة ، ومنهم من ذهب إلى أن الغلو في استعمال المالك لحق ملكيته هو في ذاته خطأ يستوجب التعويض . وهناك آراء أخرى (١) ، ولكننا نقف عند هذه الآراء فهي أهم الآراء للنسبية ، ونقول كلمة موجزة في كل منها ، ونوصل بعد ذلك مسؤولية المالك في القانون المصري .

٤٣٣ - مسؤولية المالك تقوم على التزام قانوني هو التزام الجوار :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن مسؤولية المالك نحو جاره عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على التزام فرضه القانون على الجار بالألا يلحق بجاره ضرراً غير مألوف (٢) . ويقولون إن هذا الالتزام القانوني يستخلص من نصوص قانونية

(١) ومن هذه الآراء ما يذهب إليه كاربونييه من أن مسؤولية المالك تقوم على نظرية الإثراء بلا سبب . فالمالك قد أثرى على حساب الجار ، والجار قد أصابه ضرر غير مألوف فافتقر ، فوجب على المالك المثرى أن يرد للجار المفتقر أقل القيمتين ، المقدار الذي أثرى به والمقدار الذي اقترب به الجار (كاربونييه ص ١٩٥ - ص ١٩٦) . وظاهر أنه إذا كان من المحقق أن الجار للذي أصابه ضرر غير مألوف قد افتقر ، فليس من المحقق أن المالك الذي كان مصدر هذا الضرر قد أثرى . وليس من المحقق أيضاً ، حتى إذا كان المالك قد أثرى ، أن انتقار الجار كان هو بالذات السبب في هذا الإثراء .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن المالك لا تتحقق مسؤوليته عن الضرر غير المألوف إلا إذا تعدى مادياً على ملك الجار ، فنشر مثلاً من مصنعه دخاناً جاوز ملكه واغترق ملك الجار (Immisio) ، أو بعث بروائح كريهة أو بأصوات مقلقة أو بأموذج الراديو أو نحو ذلك ، فيكون التعدى المادى على ملك الجار هو أساس المسؤولية (Leyat في المسؤولية في علاقات الجوار رسالة من تولوز سنة ١٩٣٦ - مازو فقرة ١٣٤١ ص ١٠٩٥ - ص ١٠٩٦) .

ومن هذه الآراء أيضاً أن مسؤولية المالك مبنية على حالة الضرورة . فضائقات الجوار ضرورة اجتماعية لا بد من تحملها ، ولكن تقدر الضرورة بقدرها . فإذا وجب للضرورة أن يتحمل الجار الجوار دون تعويض إذا كان الضرر لا يتجاوز الحد المألوف ، فإنه إذا جاوز الحد غير المألوف وجب التعويض عنه . فمسؤولية المالك هنا ترجع إلى مجاوزة حد الضرورة ، إذ الضرورة إنما تقضى بتحمل الضرر المألوف ، فإذا جاوز المالك هذا الحد وأصاب الجار بضرر غير مألوف وجب عليه التعويض ولو لم يوجد خطأ في جانبه ، إذ مجاوزة حد الضرورة هي بعينها الخطأ الذي يستوجب التعويض (ساقاتييه في المسؤولية ١ فقرة ٧١)

(٢) انظر في هذا المعنى كاپيتان في التزامات الجوار في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ٦٥٦ وما بعدها و ص ٢٢٨ وما بعدها - Vercesco في دراسة عامة للقيود التي ترد على حق الملكية العقارية رسالة من باريس سنة ١٩٠١ .

وردت في التقنين المدني الفرنسي . فالمادة ٦٥١ من هذا التقنين تشير إلى هذا الالتزام إذ تقول : « يخضع القانون الملاك لالتزامات مختلفة ، بعضهم نحو بعض ، دون أن يكون هناك أى اتفاق فيما بينهم » . ثم تأتي المادة ١٣٧٠ - ١ و ٢ و ٣ من نفس التقنين فتقول : « تنشأ التزامات معينة دون أن يكون هناك سابق اتفاق عليها ، لا من جانب الملتزم ولا من جانب الملتزم نحوه . وبعض هذه الالتزامات تنشأ بحكم القانون وحده . وبعض آخر ينشأ عن عمل شخصي يصدر من الملتزم . فالأولى هي الالتزامات التي تنشأ دون إرادة الملتزم ، كالتزامات التي تقوم فيما بين الجيران ... » .

والصحيح أن التقنين المدني الفرنسي لم يفرض في أى نص من نصوصه التزاماً قانونياً على الجار ألا يحدث لجاره ضرراً غير مألوف ، فليس ثمة في هذا التقنين التزام قانوني تمكن تسميته بالالتزام الجوار بهذا المعنى . والمادة ٦٥١ مدني فرنسي إنما تشير إلى التزامات معينة ما بين الجيران هي ، كما صرحت المادة التالية ٦٥٢ مدني فرنسي ، ما اشتملت عليه القوانين الخاصة وكذلك الالتزامات المتعلقة بالحائز المشترك وبالمطلات وبالمسيل وبحق المرور ومن ثم يهدم هذا الرأي من أساسه ، وقد عدل عنه بعض من كانوا يقولون به (١) .

٤٣٤ - مسؤولية المالك تقدم على نظرية التعسف في استعمال الحق :
 وذهب فقهاء آخرون إلى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة إنما ترجع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالمالك الذي يباحق بجاره ضرراً غير مألوف يكون متعسفاً في استعمال حق ملكيته (٢) .
 وخطأ هذا الرأي هو في أن التعسف في استعمال الحق صوراً محددة لا ينبغي أن يتعداها . فأول صورة للتعسف هي الصورة التي يتعمد فيها المالك الإضرار بجاره ، يضاف إليها صورتان أخريان هما رجحان مصلحة الجار رجحاناً كبيراً (مما يتضمن قصد الإضرار) وقصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة .

(١) انظر كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٢٤ ص ٨٢٤ - وانظر في انتقاد هذا الرأي أيضاً پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦٩ ص ٨٦١ - ص ٨٦٢ .
 (٢) انظر في هذا المعنى كولان وكابيتان ودى لامورانديير فقرة ١٠٢٥ ص ٨٢٥ .

ولا شيء من هذه البصير الثلاث يتحقق في حالة مضار الجوار غير المألوفة ، فقد يلحق الجار بجاره ضرراً غير مألوف دون أن يتعمد الإضرار به ، ودون أن يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ودون أن يكون للجار مصلحة ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك . فنحن إذن في نطاق آخر غير نطاق التعسف في استعمال الحق . وقد سبق التمييز بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالة التعسف في استعمال الحق (١) .

٤٣٥ - مسؤولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة : وهناك من الفقهاء من ذهب إلى أن مسؤولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة ، فالمالك قد ألحق ، بنشاطه وهو يستعمل حق ملكيته ، ضرراً غير مألوف بالجوار ، والمفروض أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه . فيبقى إذن أنه هو الذي يتحمل تبعة نشاطه في استعماله لحق ملكيته ، إذ هو الذي يستفيد من هذا الاستعمال ، وقد ألحق بجاره ضرراً غير مألوف من جراء هذا النشاط غير العادي ، فعليه الغرم كما كان له الغنم . وتقوم مسؤولية المالك إذن ، لا على الخطأ ولا على التعسف في استعمال الحق ، بل على تحمل التبعة (٢) .

وهذا الرأي ، على وجاهته وعدالته ، ينعذر الأخذ به في القانون الفرنسي فالمسؤولية في هذا القانون يجب أن تقوم على الخطأ ، ثابتاً كان أو مفترضاً . أما المسؤولية التي تقوم على تحمل التبعة فلا بد فيها من نص قانوني ، والنص القانوني فيما يتعلق بالمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوف معدوم .

٤٣٦ - مسؤولية المالك تقوم على أنه الغلو في استعمال من الملكية

يستلزم التعريض : ومعنى ذلك أن المالك إذا استعمل حق ملكيته دون أن يغلو في استعماله ، ودون أن يحدث لجاره إضراراً مألوفاً من أضرار الجوار ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٧ - وانظر في انتقاد جعل أساس مسؤولية المالك التعسف في استعمال حق الملكية : پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٠ - إسماعيل غانم فقرة ٦١ ص ١٣١ حاشي ١ .

(٢) انظر في هذا المعنى حوسران في التعسف في استعمال الحق ص ٨٢ وتعليقه في دالوز ١٩٣٣ - ٢ - ٥٣ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧١ ص ٤٦٥ - وقرب ريبير في تعليقه في دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٥ .

فلا جناح عليه في ذلك ، ولا يستلزم عمله أن يعرض جاره عن هذا الضرر المألوف . أما إذا غلا المالك في استعمال حق ملكيته ، واستعمل هذا الحق استعمالاً استثنائياً بحيث يلحق بجاره ضرراً غير مألوف ، فإن الغلو في استعمال حق الملكية يستلزم من المالك أن يعرض جاره عن الضرر غير المألوف الذي لحق الجار . وليس هناك خطأ في أن يستعمل المالك حق ملكيته استعمالاً استثنائياً ليحصل منه على أكبر فائدة ممكنة ، ولكنه في هذه الحالة يجب عليه أن يعرض الجار الذي أصابه هذا الاستعمال الاستثنائي بضرر غير مألوف . فعدم تعويض الجار ، لا الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية ، هو الخطأ الذي يرتب مسئولية المالك (١) .

وهذا الرأي ، حتى يستقيم ، يجب معه أولاً إثبات أن استعمال حق الملكية استعمالاً استثنائياً يستلزم التعويض . فمن أين أتى هذا الالتزام (٢) ، ولا يوجد نص قانوني يفرضه ، ولا هو مبني على الخطأ ، ولا على التعسف في استعمال الحق ! وما دمنا لا نستطيع أن نقول إن الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية خطأ أو تعسف ، فلا مناص من أن يوجد نص قانوني يفرض التزاماً قانونياً على المالك بأن يعرض الجار عن الضرر غير المألوف ، أو يورد قيداً على حق الملكية هو ألا يلحق المالك بجاره ضرراً غير مألوف . ولما كان هذا النص القانوني غير موجود في التقنين المدني الفرنسي ، فيكون القضاء الفرنسي الذي يلزم المالك بتعويض الضرر غير المألوف هو الذي خلق هذا الالتزام ، وهو في خلقه إياه كان قضاءً بريطانياً لا يستند إلى القواعد العامة ولا إلى نص تشريعي (٣) .

٤٣٧ - تأصيل مسؤولية المالك في القانون المصري : أما التقنين المدني

(١) انظر پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧١ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥ - وانظر في

الاعتبارات الاقتصادية التي تبرر التعويض عن الضرر غير المألوف كاربونييه ص ١٩٤ .

(٢) وإذا قلنا مع أصحاب هذا الرأي إنه أتى من عدم التعويض عن الضرر غير المألوف ،

فإن ذلك معناه أن هناك التزاماً بالتعويض عن الضرر غير المألوف . ولكن هذا الالتزام نفسه يقوم بحسب هذا الرأي على أساس الخطأ في عدم التعويض عن الضرر غير المألوف ، فمن إذن ندور في حلقة مفرغة .

(٣) وينهب كاربونييه إلى أن المدأ الذي ينطوى عليه هذا القضاء ، ليس هو التزام المالك

بتعويض الجار عن الضرر غير المألوف ، بل هو التزام الجار بتحمل الضرر المألوف من المالك (كاربونييه ص ١٩٥) .

المصري فيختار. عن التتبعين المدني الفرنسي في أن التتبعين الأول فيه هذا النص الذي لا يوجد في التتبعين الثاني. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٠٧ مدني مصري صراحة ، كما رأينا ، على ما يأتي : « على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يفرض بيعه بغيره » . وأوجد نفس بلفظ في جانب المالك التزاما قانونيا هو عدم الغلو في استعمال حق الملكية . أو هو أورد قيدا على حق الملكية هو ألا يغلو المالك في استعمال هذا الحق . ورتب التتبعين المصري بعد ذلك النتيجة المنطقية على ما فرضه من التزام قانوني أو أوردته من قيد على حق الملكية ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « وإنما له (للجار) أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف... » . فالأمر إذن واضح في القانون المصري ، لا مجال فيه لاختلاف في الرأي على نحو الاختلاف الذي رأيناه في الفقه الفرنسي . يوجد نص صريح في التتبعين المدني المصري يلزم المالك ألا يغلو في استعمال حقه ، أو يقيد حق الملكية بعدم جواز الغلو فيها . ويرتب النص على ذلك وجوب تعويض المالك جاره . إذا لحق الجار من جراء استعمال المالك لحق ملكيته ضرر غير مألوف .

فإذا قلنا إن نص المادة ٨٠٧ مدني ينشئ التزاما قانونيا في جانب المالك بعدم إصابة الجار بضرر غير مألوف ، قامت مسئولية المالك في هذا القول على إخلال المالك بهذا الالتزام القانوني ، فوجب عليه التعويض . ويكون المالك الذي ألحق بجاره ضرراً غير مألوف قد خرق التزامه القانوني ، فخالف القانون . ولكن هذه المخالفة القانونية ليست « خطأ » ، بالمعنى المعروف . فإن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك . فهو مسئول ، لا لأنه ارتكب خطأ ، بل لأنه يتحمل تبعه نشاطه ، فهو الذي يفيد من استعماله لملكه استعمالا استثنائيا ، فمن العدل أن يتحمل تبعه هذا الاستعمال ، والغرم بالغم . وقد قدمنا أن إقامة مسئولية المالك في القانون الفرنسي على نظرية تحمل التبعة لا يستقيم لانعدام نص قانوني ينشئ هذه المسئولية ، أما في القانون المصري فالأمر يختلف إذ أن هذا النص موجود . وإذا قلنا إن نص المادة ٨٠٧ مدني يورد قيدا على حق الملكية ، هو عدم الغلو في استعماله حتى لا يلحق الجار من جراء هذا الاستعمال ضرر غير مألوف ، فإن نطاق حق الملكية في القانون المصري ، يحكم هذا النص ، بضيق عن الغلو

في استعمال هذا الحق . ومن ثم يكون المالك . الذي علا في استعمال حقه وألحق
بجاره ضرراً غير . ألوف . قد خرج عن حدود حق الملكية . والخروج عن
حدود الحق خطأ بالمعنى المعروف . إذ هو انحراف عن السلوك المألوف
للشخص المعتاد . فتكون مسئولية المالك في هذا القول قائمة على الخطأ بمعناه
المعروف (١)

§ ٣ - كيف يكون التعويض عن الضرر غير المألوف

٤٣٨ - التعويض النقدي والتعويض العيني : نطبق هنا القواعد العامة

في التعويض ، فهو تارة يكون تعويضاً نقدياً ، وطوراً يكون تعويضاً عينياً .
وللمحكمة أن تأمر بإزالة الضرر غير المألوف ، أو أن تقتصر على الحكم
بتعويض نقدي إذا رأيت ما يبرر ذلك .

٤٣٩ - التعويض النقدي : يحكم القاضي بتعويض الجار تعويضاً نقدياً

كاملاً عن الضرر غير المألوف الذي لحقه من استعمال المالك لحق ملكيته ،
وذلك طبقاً للقواعد العامة ، فيعوض الجار عن الخسارة التي لحقت به وعن الكسب
الذي فاته .

(١) وإلى هذا القول أشرنا عند ما كتبنا في الجزء الأول من الوسيط : ، ويلاحظ أن المادة
٨٠٧ من القانون المدني الجديد رسمت حداً لحق الملكية ، فقضت ألا ينال المالك في استعمال حقه
إلى حد يضر بملاك الجار ، وأن لتجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف .
فالخروج على هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجاً على حدود الحق ، لا تعفاً في
استعماله (الوسيط ١ طبعة أول فقرة ٥٥١ ص ٨٣٢ هامش ٤ - وطبعة ثانية فقرة ٥٥١ ص
٩٤٤ هامش ٣) .

وقد اختلف الفقهاء في مصر في تأصيل مسئولية المالك عن الضرر غير المألوف في القانون
المصر . فمنهم من يذهب إلى أن المسئولية عن مضار الجوار غير المألفة ليست إلا مجرد تطبيق
لفكرة التصف في استعمال الحق (محمد علي عرفة فقرة ١٩٢ - حسن كيرة فقرة ٩٨ - منصور
مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٦٣ - ص ٦٤) . ومنهم من يذهب إلى ما ذهبنا إليه من أن حق
الملكية قيده المادة ٨٠٧ مدني بحدود يعتبر الخروج عليها خروجاً على حدود هذا الحق كما رسمته هذه
المادة ، ومن ثم يكون ذلك خطأ تقصيرياً (شفيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٦ - ص ٨٧ - عبد المنعم
البدراوي فقرة ٨٣ ص ١٠٩ وفقرة ٨٤ ص ١١٢ - أحمد حشمت أبو سنيت في مصادر الالتزام
فقرة ٤٣٩ - إسماعيل غانم فقرة ٦١ ص ١٣١ - ص ١٣٢ - عبد المنعم فرج السدة فقرة ٥٨
ص ٩١)

وقد يدوم الضرر زمنا معينا . فيجوز للتاضي أن يحكم بتعويض نقدي عن كل وحدة من الزمن يدوم فيها الضرر . عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أكثر من ذلك^(١) .

ويجوز أيضاً لتقاضى أن يحكم بتعويض نقدي أو بتعويض عيني (إزالة الضرر) ، ويخير المالك بين تنفيذ أى من الخزائن يختاره^(٢) .

٤٤٠ — التعويض العيني : وإذا كان التعويض العيني ممكناً، جاز للقاضي أن يحكم به ، فإذا كان الضرر ناجماً مثلاً عن إقامة المالك لحائط ، جاز الحكم بهدم هذا الحائط . ويجوز كذلك الحكم باتخاذ تدابير معينة أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر في المستقبل^(٣) . مع الحكم بتعويض نقدي عن الضرر الذي حدث في الماضي .

وإذا رأى القاضي أن يحكم بالتعويض العيني وبإزالة الضرر غير المألوف ، جاز له أن يلجأ إلى الغرامة التهديدية ، فيقضى بغرامة مالية على المالك عن كل يوم أو عن كل وحدة أخرى من الزمن لا يقوم فيها بإزالة الضرر أو بالقيام بالأعمال المحددة في الحكم^(٤) .

(١) أوبري ١، رو ٢، فقرة ١٩٤ ص ٢٨٦ - بودري وشوفو فقرة ٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٧ . كاربونيه ص ١٩١ - ص ١٩٢ .
(٢) باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٣٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٧ .

(٣) بودري وشوفو فقرة ٢٢٤ - وتنص المادة ٢/٢٠٣ مدني على ما يأتي : « على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً » . ويقاس التعويض العيني على التنفيذ العيني ، ومن ثم فلا يجوز الحكم بهدم مصنع مثلاً لتجنب إلحاق الضرر غير المألوف الناشئ عنه . ويكتفى بتعويض نقدي ، مصحوب إذا أمكن باتخاذ التدابير الممكنة لإنقاص الضرر إلى أقل حد مستطاع . انظر في هذا المعنى مازو فقرة ١٣٤٥ - إسماعيل غانم فقرة ٦٣ ص ١٣٦ - حسن كبيرة فقرة ١٠٠ ص ٣٣٣ هامش ٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦١ ص ٩٦ - منصور مسطو منصور فقرة ٢٤ ص ٦١ . ومن التدابير التي يمكن اتخاذها لتحد من الضرر في المستقبل الأمر مثلاً بتعديل طريقة الاستغلال . أو تحديده مع الاستغلال في الليل مثلاً . أو تغيير موضع منحل الخلايا النحل . أو وقف جزء من العمل أو نحو ذلك . (باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٩ سيري ٧٩ - ٢ - ٢٦٩ - مونيليه ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٣ دالوز الأسبوعي ٣٣ - ٤٦٦ - حسن كبيرة فقرة ١٠٠ ص ٣٣٢) .

(٤) نقض فرنسي ٧ نوفمبر سنة ١٨٧٦ سيري ٧٧ - ١ - ٨ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ -

وفي فرنسا . حيث لا يوجد نص يقابل نص المادة ٨٠٧ مدني مصري ،
برد قيد على التعويض العيني ، هو أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق محل
مقلق للراحة حاصل على رخصة إدارية . فإن الرخصة الإدارية هي أمر
إداري صدر بالسماح للمحل بالعمل ، والحكم بإغلاق المحل يتعارض مع الأمر
الإداري ، وليس للقضاء العادي أن يلغى أو يعدل أمراً صادراً من جهة
الإدارة ، وفي هذه الحالة يقتصر على الحكم بالتعويض النقدي^(١) . أما في مصر
فنص المادة ٢/٨٠٧ مدني صريح في أن طلب إزالة الضرر غير المألوف حتى
للجار ، وأنه لا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال
هذا الحق . فيجوز إذن أن يطالب الجار بالتعويض العيني وبإزالة الضرر
غير المألوف بالرغم من وجود ترخيص إداري^(٢) .

الفرع الثاني

القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار

المبحث الأول

الرى والصرف

٤٤١ - الشرب والجري والمبل : القيود التي تتعلق بالرى والصرف

= دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٧٥ - باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٣٢ -
٢٤ مارس سنة ١٩٣٦ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ٧٥٧ - پلانيول وريبير وبيكار ٣
فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦ .

(١) نقض فرانسى ١٩ مايو سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٨ - ١ - ٤٨٦ - ١١ يونيو سنة ١٨٧٧
سبريه ٧٨ - ١ - ٢٠٩ - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٤٧١ - ١٩ يناير
سنة ١٩٦١ Bull. civ. ١٩٦١ - ٢ - فقرة ٥٨ ص ٤١ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٤ -
بودرى وشوفو فقرة ٢٢٥ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦ - كولان وكايتان
ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٢٦ ص ٨٢٧ - مازو فقرة ١٣٤٥ .

(٢) انظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٨ هامش ٢ - حسن كبيرة فقرة ١٠٠
ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ - اسماعيل غانم فقرة ٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٢ - منصور
مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦١ - ص ٦٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٨٩ .

هى ما يقرر القانون للملاك المجاورين على جيرانهم من حقوق في الشرب (irrigation) والمجرى (acqueduc) والمسيل (écoulement) .

والأصل أن يكون رى الأراضى الزراعية من مياه النيل ومن مياه الترعى العامة^(١) ، وأن يكون صرف المياه بعد الرى فى المصارف العامة وفى البحيرات .

— وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز التعويض المبنى بل يكتفى بالتعويض النقد إذا وجد ترخيص إدارى : محمد على عرفة فقرة ١٩٦ ص ٢٥٣ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٨٠ .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا فى هذا الخصوص (م ١١٧١ من المشروع) يجرى على الوجه الآتى : « يكون الحق فى استعمال مياه الترعى العامة بنسبة مساحة الأراضى التى تروى منها ، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك » (انظر أيضاً م ٥٢/٣١ من التقنين المدنى السابق) . وورد فى المذكرة الإيضاحية فى شأن هذا المرسى : « وقد قسم المشروع فى حق الشرب الترعى إلى قسمين : (أ) ترعى عامة مملوكة للدولة ، وهذه يكون الحق فى استعمالها بنسبة مساحة الأراضى التى تروى منها ، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك . وأهم هذه اللوائح هى لائحة الترعى والجسور التى يتضمنها الأء العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ ، وهذه يبق ممولاً بها منفصلة عن التقنين المدنى ، ويقتصر هذا التقنين على المبادئ الأساسية فى الرى التى يندر أن تتغير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤) . وحذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها تشمل حكماً تفصيلياً يمكن الاستغناء عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠ فى الهامش) .

ولائحة الترعى والجسور الصادرة فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ والمشار إليها آنفاً فى المذكرة الإيضاحية قد ألغاهما القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ (المعدل بالقوانين ٢٩ و ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦ و ١١٦ لسنة ١٩٥٩) بشأن الرى والصرف ، وحل هذا القانون محل لائحة الترعى والجسور ، وسنشير إلى بعض نصوصه الهامة فى المباحث المناسبة . وقد ورد فى مذكرته الإيضاحية « لما كانت المملكة المصرية بلداً زراعياً بطبيعته ، وجب أن يعطى نظاماً فيه أكبر قسط من العناية لما فى ذلك من أثر بالغ فى تربة الأرض واصيلها المختلفة . ونظراً لأن النيل والترعى الهامة والمصارف العامة هى عماد الرى فى مصر وتدخل بجميعها فى الأملاك العامة ، فقد كان جديراً بالتشريع الإدارى المصرى أن يعنى بتنظيم استعمال الكافة لطرق الرى والصرف استعمالاً يتجلى فيه العدل وتجانس به المصلحة العامة . وقد مضت حقبة طويلة على تشريعات الرى والصرف القائمة ، أظهر العمل ما فيها من نقص يجب تداركه على ضوء التطورات التى استحدثت فى نظام الرى . وقد وضع المشروع الما افق تحقيقاً لهذه الغاية ، إذ يجمع شتات التشريعات الخاصة بالرى والصرف فى قانون واحد يكفل تنظيم استعمالها على وجه أوفى مما هو عليه الآن ، كما يتناول الشروط اللازمة لإقامة آلات آتزانة ورى الأراضى الشراعى والتدابير التى تتخذ لدفع أخطار الفيضان وغير ذلك من الشؤون المتصلة بالرى ... وقد شمل المشروع ستة أبواب . خصص الباب الأول لبيان الأملاك العامة الخاصة ذات الصلة بالرى والصرف . وتناول الباب الثانى الأحكام الخاصة بتوزيع المياه ، سواء —

ولكن يجوز مع ذلك أن ترد قيود على الملكية الخاصة للأرض الزراعية لمصلحة الأراضي الزراعية المجاورة . تتعلق بالرى من حق فى الشرب أو فى المجرى ، أو تتعلق بالصرف من حق فى المسيل .

وتعرف المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدات الشرب فتقول :
« القاعدة أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقاً للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها . وكان له وحده حق استعمالها . على أنه إذا استوى حاجته منها وبقي بعد ذلك من الماء ما يحتاج إليه أراضى الملاك المجاورين : فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم فى حاجة إليه . على أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تزدفع منها . وبين من ذلك أن ملكية المياه مائضة عن الحاجة تنزع من مالكيها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة . وسفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك . وهذا قيد على حق الملكية خطير بطور ما هو عادل . ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران ، فهو الذى يوفى حاجته من المياه أولاً ، ويأتى الجيران بعد ذلك ، فإذا تراحوا قدم من كان حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة » (١) .

= أكان ذلك عن طريق مآخذ المياه أم بالآلات الرافعة . ولما كان دفع أخطار الفيضان ذات صلة وثيقة بالرى . فصلا عما ينطوى عليه من حفظ الأرواح والأموال من الفرق ، لذلك لم يفضل المشروع تنظيم الإجراءات التى تتبع لدفع هذه الأخطار : فخصص لها الباب الثالث الذى تضمن أيضاً الأحكام الخاصة بتعطيل الملاحة وارتفاع السفن إذ أنها تموق سير المياه . ثم خصص الباب الرابع للترخيص فى رسو الذهبيات والعوامات ووضع المعادى وشحن المراكب وتفرينها ، والباب الخامس للمقوبات وإثبات الجرائم . والباب السادس للأحكام العامة والختامية .

وهناك مشروع جديد أعد ليحل محل قانون الرى والصرف الحالى (قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣) ، ولا يزال حتى اليوم مشروعاً ولم يسن قانوناً . ومن أهم ما استحدثه هذا المشروع من التعديلات : (١) تحويل مفتش الرى سلطة إصدار قرار مؤقت بتمكين صاحب الشأن من حقه فى الانتفاع بمسقاة أو مصرف فى أرض الغير ، أو من حقه فى دخول هذه الأرض لإجراء ما قد يلزم من ترميم وتطهير . (٢) تنسيق الحكم الخاص بالتعويض مع الحكم المقابل فى الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدنى ، فنص على أن يشمل التعويض نفقات إنشاء المسقاة أو مصرف بنسبة مساحة الأرض التى تستفيع من أيهما . (٣) اعتبار الكبارى الخاصة التى تنشأ فى ترعة عامة أو مصرف عام من الأملاك العامة بمجرد إنشائها ، فىمن منشؤها من أعباء صيانتها . (٤) النهى عن حفر الآبار الارتوازية قبل الحصول على ترخيص من وزارة الرى . (٥) إسناد رئاسة لجنة الفصل فى الجرائم إلى قاض توفير الضمانات الأفراد ، وإجازة الطعن فى قرار لجنة تقدير التعويض أمام المحكمة الابتدائية .

وتقول المذكرة الإيضاحية عن المجرى : « أ : حق المجرى فقد أعطاه المشروع لملك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه ، فتمر من أرض الجار المياه الكافية لرى أرضه . وهي مياه يأخذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصة مملوكة له . أو من ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب في تعويض عادل » (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية عن المسيل : « ب : حق المسيل . وقد أعطاه المشروع لملك الأرض البعيدة عن المصرف العام . فيكون له الحق في أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره بعد أن يستوفى الجار حاجته ، أو في أن ينشئ مصرفا خاصا على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام . وفي الحالة الأولى يشترك مالك الأرض في نفقة المصرف الخاص الذي أنشأه الجار وفي صيانته . وفي الحالة الثانية يعطى الجار مقدما انتعويض العادل عما اقتطعه من أرضه لإنشاء المصرف » (٢) .

والآن وقد عرفنا إجمالا ما هي القيود المتعلقة بالشرب والمجرى والمسيل ، نفصل ما أحملناه فتكلم : (أولا) في الشرب . (ثانيا) في المجرى والمسيل .

§ ١ - الشرب

٤٤٢ - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقاً للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها .

« ٢ - ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما يحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما ، بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها » (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ - ص ٤٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٧٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التفتين المدل الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٧ في المشروع

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٣/٣٢^(١)
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل في التقنين المدني
 السوري - وفي التقنين المدني الليبي م ٨١٧ - وفي التقنين المدني العراقي المواد
 ١٠٥٥ - ١٠٥٧ - ولا مقابل في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢) .

- النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٦ ، ثم لمس الشيوخ تحت رقم ٨٠٨ (مجموعة
 الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤ - ص ٣٧) .

(١) التقنين المدني السابق م ٥٣/٣٢ : من أنشأ ترعة ، فله الحق في الانتفاع دون غيره
 بجانبا أو بيمينه . (وهذا النص يخالف نص التقنين المدني الجديد في أنه لا يجعل للجبار الحصول على
 حق الشرب من ترعة جاره الخاصة إلا برضائه ، دون جبر عليه في ذلك . واكن المادة ٨ من لائحة
 الترع والجسور التي صدرت في سنة ١٨٩٤ ، أ بعد صدور التقنين المدني السابق ، أعطت للجبار
 أن يحصل على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة بنفس الشروط المقررة في التقنين المدني الجديد) .
 (٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (وانظر فيما يتعلق بإسناد الإنشاءات الفنية على ضفة المجر
 المقابلة المادتين ٩٨٢ - ٩٨٣) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٥٥ : لكل شخص أن يسق أرضه من مياه الأنهر والترع العامة ،
 وله أن يشق جدولا لأخذ هذه المياه إلى أرضه ، وذلك كله وفقا للقوانين والأنظمة المتعلقة بذلك .
 م ١٠٥٦ : من أنشأ مسقا أو مصرفا خموصيا طبقا للقوانين والأنظمة المعمول بها ، كان له
 وحده حق استعمالها .

م ١٠٥٧ : ١ - حريم الآبار والينابيع والترع الخاصة والمساق والقنوات والمصارف ملك
 أصحابها ، ولا يجوز لغيرهم أن يتصرف فيها بوجه من الوجوه . فن حفر بئرا في حريم بئر
 علوك لشخص آخر أجبر على ردمه ، ولكن إذا حفر البئر خارج هذا الحريم فلا يجبر على الردم
 حتى لو أخذ بئر ماء البئر الأول

٢ - ولا حريم لبئر حفره شخص في ملكه ، ولجاره أن يحفر هو أيضاً بئرا في ملك نفسه حتى
 لو جذب ماء البئر الأول .

(والتقنين العراقي يختلف عن التقنين المصري في أنه لا يجعل للجبار حق الحصول على الشرب
 من مسقا جاره إلا باتفاق معه) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (وانظر فيما يتعلق بإسناد الإنشاءات الفنية على ضفة
 المجرى المقابلة المادتين ٧٩ و ٨٠ - وانظر في هذه المسألة في القانون اللبناني حسن كيرة دروس
 في الحقوق المدنية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات بالالة الكاتبة سنة ١٩٦٥
 ص ١٢٩ - ص ١٣٠ - وانظر بوجه عام في القيود المتعلقة بالمياه في القانون اللبناني حسن
 كيرة المرجع انشار إليه ص ١٢٥ - ص ١٣٨) .

وبلاحظ أن النص سالف الذكر لا يقتصر على حق الشرب . بل هو يشمل إلى جانب حق الشرب حق المسيل (الصرف) في إحدى صورتيه . فقد تقدم أن حق المسيل إما أن يباشر في المصرف الخاص المملوك للجار بعد أن يستوفى هذا حاجته منه وهذه هي الصورة التي يعرض لها النص . أو من طريق إنشاء مصرف خاص في أرض الجار لتصل مياه الصرف بواسطته إلى المصرف العام وهذه صورة أخرى لا يعرض لها النص ويعرض لها نص آخر . وحتى لا يتجزأ حق المسيل ، فنقتصر في معرض النص الذي نحن بصددده على حق الشرب دون حق المسيل ، ونستبقى صورة حق المسيل التي عرض لها النص لتنضم إلى الصورة الأخرى ، وبذلك نبحت حق المسيل في كل من صورتيه في مكان واحد .

٤٤٣ - شروط الحصول على حق الشرب (تغليب مصلحة خاصة)

رابعة على مصلحة خاصة مرجومة : تتلخص شروط الحصول على حق الشرب في أن يكون للمالك مسقاة خاصة ، استوفى منها حاجته . وله جار ، هو أيضاً في حاجة إلى رى أرضه . فعندئذ يجوز للجار أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة في هذه المسقاة . على أن يدفع لمالك المسقاة مقابلاً لما انتفع به من مائها سيأتى بيانه . ولم يكن التقنين المدني السابق يجعل للجار حق الشرب على النحو المتقدم بيانه . إذ كانت المادة ٥٣/٣٢ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا . على أن « من أنشأ ترعة ، فله الحق في الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه »^(١) . ولكن لأئحة الترع والجسور التي صدرت في سنة ١٨٩٤ أعطت ، في المادة ٨ منها ، للجار أن يحصل على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة بنفس الشروط التي تقررت فيما بعد في التقنين المدني الجديد^(٢) .

وإعطاء الجار حق الشرب على هذا النحو فيه تغليب مصلحة خاصة راجحة على مصلحة خاصة مرجوحة . فمالك المسقاة مصلحته في أن يحتفظ بحق ملكيته كاملاً دون شريك له في مسقاته ، حتى لو فاضت فيها مياه يرى أن يستأثر بها ولا يعطيها لجاره . ولكن هذه المصلحة مصلحة ضعيفة مرجوحة ، تنطوى على أنانية لا مبرر لها . ويتغلب على هذه المصلحة المرجوحة مصلحة راجحة

(١) انظر آئنا فقرة ٤٤٢ في الهامش .

(٢) انظر آئنا فقرة ٤٤٢ في الهامش .

للجار في أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة في المسقاة وهو في حاجة إليها ، في حين أن المالك قد استوفى حاجته . على أن يعرض الجار المالك فيما أخذ من مائه .

فالشروط إذن للحصول على حق الشرب أربعة : (١) للمالك مسقاة خاصة . (٢) استوفى منها حاجته . (٣) وله جار . (٤) هو في حاجة إلى رى أرضه .

٤٤٤ — الشرط الأول — للمالك مسقاة خاصة : يجب هنا التمييز بين التربة العامة والمسقاة الخاصة .

فالتربة العامة . كما تنص المادة ٢ من قانون الري والصرف . هي « كل مجرى معد للري تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته يوم العمل بهذا القانون ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال العمومية أو فروعها . وكذلك المجارى التي تنشئها وزارة الأشغال العمومية بوصفها ترعا عامة وتدرجها في سجلاتها بهذا الوصف » . فالترع التي أنشأتها الحكومة أو تنشئها ، لرى الأراضي الزراعية ، وتقوم بنفقات صيانتها ، وتدرجها بسجلاتها ، تعتبر ترعا عامة . وه يجوز ، كما تنص المادة ٤ من قانون الري والصرف . بقرار من وزير الأشغال العمومية (وزير الري) أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة عامة أو مصرفا عاما ، إذا كانت هذه المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو إذا كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببحيرة ويصب في أى منها . ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاما (١) . ولوزارة الري الهيمنة على توزيع مياه الري بالمجارى العامة على اختلاف

(١) وقد قنست محكمة النقض بأن اتصاف ترعة بأنها عمومية أو غير عمومية أمر قانوني تبينه لائحة الترع والجسور ، فمن واجب المحكمة إذن أن تراعى في قضائها ما جاءت به تلك اللائحة في هذا الصدد فإذا هي لم تفعل ، واعتمدت فقط في قيام صفة التربة على تقرير الخبير المؤسس على تطبيق خريفة فك الزمام المرسوم عليها ما يفيد أن التربة بجسريها عمرية ، كان حكمها متعينا نقضه (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ - موعة عمر ٢ رقم ١١٢ ص ٣٩٩ - وانظر أيضا نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ - موعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٢)

أنواعها . وتوزيع مياه كل مجرى عام على المآخذ الخاصة التي تتخذ منه . ولها إدخال ما ترى إدخاله من التغيير والتعديل في نظام الري والصرف ، وتطهير ما ترى ضرورة لتطهيره من الترع والمصارف العامة في الأوقات ، وبالكيفية التي تراها (م ٣١ رى وصرف)^(١) . ولا يجوز إنشاء مآخذ المياه في جسور النيل أو جسور الترع العامة قبل الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الري . ويكون لإجراء جميع الأعمال الواقعة تحت جسور النيل بواسطة وزارة الري وعلى نفقة الطالب (م ٣٦ رى وصرف)^(٢) .

(١) والحكومة مسئولة عن ضمان وصول المياه للأراضي وتوزيعها توزيعاً عادلاً ، فإذا ثبت خطأ عملها وتحقق ذلك أمكن إلجاء جوع عليها بالتعويض (محكمة الاستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٣ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ ص ٨٧٧ - ١٤ يناير سنة ١٩١٨ المحاماة ٩ ص ٣٦٨ - استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٥) - وقد أصبح ، بموجب لائحة الترع والجسور ثم بموجب قانون الري والصرف ، أخذ الأتربة من الأراضي للأعمال اللازمة لوقاية الجسور ، وإلقاء ناتج تطهير الترع والمصارف العامة في الأراضي الزراعية . كلا الأمرين في مقابل تعويض عادل (م ٦٠ رى وصرف) . وأصبحت كذلك المعاونة السنوية من الأهالي في دفع أخطار الفيضان في مقابل أجور مناسة تمنح للمكلفين بالمعاونة (م ٥٧ رى وصرف) .

(٢) وتنص المادة ٣٣ من قانون الري والصرف على أن « يعين وزير الأشغال العمومية (وزير الري) المناوبات على اختلاف أنواعها وتواريخ السدة الشتوية ، وتعلق هذه المواعيد بالجريدة الرسمية ، وتشر على الأهالي بالطرق الإدارية . ويجوز لمفتش الري في أي وقت أن يأمر ، ولو خلال أديوار العمالة ، بمنع أخذ المياه من ترعة أو من مجموعة من الترع العامة ، وذلك لضمان توزيع المياه توزيعاً عادلاً ، أو لمنع إعطاء الأراضي مياهاً أكثر من حاجتها . هذا ولا يجوز للحكومة أن تتعسف في استعمال سلطتها هذه . وإلا كانت مسئولة نحو من أحاق به ضرر من جراء تعسفها (محكمة الاستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٣) .

وتنص المادة ٣٧ من نفس القانون على أنه « إذا تبين لتفتيش الري أن تصرف مآخذ المياه المملوكة للأفراد والموجودة في جسر إحدى الترع العامة والمعدة للري ، يزيد أو ينقص عن حاجة الأرض المخصصة لها ، بسبب زيادة عددها أو نقصه أو اتساعها أو اتساع مستوى فرشها أو انخفاضه ، فلتفتيش الري ، بعد التعرف على وجهات نظر أصحاب تلك الأراضي في جلسة يحددها ، أن يقوم بإنقاص عدد المآخذ أو زيادته أو توسيمها أو تضييقها أو رفع مستوى فرشها أو خفضه بما يحقق الغرض ، وذلك على نفقة الحكومة ... أما إذا طلب المالك من تفتيش الري إجراء تعديلات فائتة ، جاز لتفتيش الري أن يقوم بذلك على نفقة الطالب » .

وتنص المادة ٤٠ « بأنه إذا تبين لتفتيش الري أنه يوجد أكثر من طريق لري الأرض ، جاز له أن يأمر بإبطال ما يراه زائداً من المآخذ على الحاجة ، ويكون هذا الإبطال على نفقة الحكومة . وتنقضي المادة ٤١ « بأنه إذا اتخذت الوسائل لتوصيل المياه من النيل أو من إحدى الترع العامة إلى أرض تروى من أحد مآخذ المياه . جاز لتفتيش الري إبطال المآخذ ولذا على نفقة الحكومة » .

أما المسقاة الخاصة فهي مجرى ماء معد للرى ، يسثه المالك فى أرضه لريها .
وتقضى المادة ١/٨٠٨ مدنى كبدا عام ، كما رأينا ، بأن من أنشأ مسقاة خاصة ،
طبقا للوائح الخاصة بذلك . كان له وحده حق استعمالها . وصاحب الأرض
المنتفع بالمسقاة الخاصة مكلف ، على نفقته ، بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها
فى حالة جيدة (م ١١ رى وصرف) (١) .

٤٤٥ - الشرط الثانى - استوفى المالك حاجته من المسقاة : ولما كان

المالك هو الذى أنشأ المسقاة الخاصة على نفقته ، أو كسبها بسبب آخر من أسباب
كسب الملكية ، وهو الذى يقوم بتطهيرها وصيانتها ، فإن له الأولوية فى رى
أرضه منها ، إذ هى ملكه ، والمالك أحق بما ملك .

وله أن يستوفى حاجته كاملة من المسقاة ، فيروى أرضه منها ربا كافيا .
وإذا كانت عنده وسائل أخرى ممكنة للرى ، كأن كان بإمكانه حفر بئر ارتوازية ،
أو الحصول على حق مجرى قريب من النيل أو من ترعة عامة ، لم يكلف الالتجاء
إلى هذه الوسائل مادامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لرى أرضه . فإذا روى

(١) فإن هو قصر ، جاز لتفتيش الرى تطهيرها على نفقته (م ١٢ رى وصرف) ، أو
إذا منع بغير حق من الانتفاع بمسقاه وكان حائزا لها مدة ستة ، صدر من مفتش الرى قرار موقت
بتمكينه من استعمال حق (م ١٥ رى وصرف) . وتنص المادة ١٤ من قانون الرى والصرف على أن
« تعتبر الأراضي التى تمر فيها مسقاة أو مصرف خاص محلة بحق ارتفاع لصالح الأراضي الأخرى
التي تنتفع بتلك المسقاة أو بذلك المصرف ، ما لم يقر دليل على خلاف ذلك » . وتنص المادة ٢١
من نفس القانون على أنه « إذا رأى مفتش الرى ، بناء على تقرير الباشهندس أو شكوى من ذوى
القائى . أن أحد المصارف أو المساق الخاصة أصبح عديم الفائدة أو مضرأ وأمكن الاستغناء عنه
لوجود طريق آخر للرى أو للمصرف ، جاز له أن يصدر قرارا ببد أو إبطال تلك المسقاة أو
المصرف ، أو منع الضرر إذا لم يمكن الاستغناء عن المسقاة أو المصرف ، وإلزام صاحبها بتنفيذ
القرار فى موعدين ، وإلا جاز لتفتيش إجراء ذلك على نفقته » .

وفى قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استند فى اعتباره المسقاة محل الدعوى مسقاة
خصوصية إلى أدلة مادية إلى ذلك ، فإنه لا يعيبه كونه لم يرد على ما تملك به القائلون بأنها ترعة
عمومية مع أنها ثابتة فى خطط المساحة ، أو أنها تروى أطيافا لأشخاص آخرين ومقام عليها كوبرى ،
لأن رد إثبات المسقاة فى خطط المساحة لا يصح دليلا على أنها مسقاة عمومية ، كما أن ارتفاع
ملك آخرين بها بالرى منها أو إقامة وزارة الأشغال كوبريا عليها - ذلك لا يمنع كونها مسقاة
خصوصية محلة بحق ارتفاع للغير أو للصحة العامة . (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بمجموعة
المكتب المفتى لى خمسة عشرين علما جزء أول ص ٢٩٩) .

أرضه بأكلها ربا كافيا من هذه المسقا ، وبماضت مياه بعد ذلك . فينبغي
يكون لجار ، الحصول على حق الشرب من هذه المياه الفائضة .

٤٤٦ - الشرط الثالث - ثمالمالك : إر هو الحق في حق الشرب :
ويجب أن يكون من يطلب حق الشرب من المياه الفائضة في المسقا جارا للمالك
صاحب المسقا . والجوار هنا له صور ثلاث : تدخل كلها في المعنى المتصور
بالجوار :

أولا - أن تكون أرض الجار ملاصقة لضفة المسقا ، فتكون المسقا في
هذه الصورة حدا فاصلا ما بين أرض الجار وأرض المالك . وقد انعقد الإجماع
على أن للجار في هذه الصورة أن يطلب حق الشرب ، إذ هو جار ملاصق
للمسقا ذاتها .

ثانيا - أن تكون أرض الجار فاصلا بين أرض المالك وبين مأخذ مياه
المسقا ، فتعبر مياه المسقا في هذه الصورة أرض الجار في مجرى يحصل عليه
المالك ، حتى تصل مياه المسقا إلى أرض المالك ، وفي هذه الصورة لا شك
أيضا في أن أرض الجار تعتبر ملاصقة للمسقا ، بحكم مرور مياه المسقا فيها ،
فيكون للجار أن يحصل على حق الشرب من المسقا .

ثالثا - أن تكون المسقا داخل أرض المالك ، غير ملاصقة لأرض الجار ،
فلا هي تقع في حدود هذه الأرض . ولا هي تعبرها حتى تصل إلى أرض
المالك . وفي هذه الصورة الأخيرة لا تكون أرض الجار ملاصقة للمسقا ذاتها ،
ولكنها ملاصقة لأرض المالك التي أنشئت في داخلها المسقا . وهذه الصورة
وحدها هي محل الخلاف ، دون الصورتين الأولىين . فبعض يذهب إلى أنه
لا يكون للجار فيها أن يحصل على حق الشرب ، إذ يشترط للحصول على هذا
الحق الجوار للمسقا ذاتها ، ولا يكفي مجرد الجوار للأرض التي أنشئت فيها
المسقا^(١) . وبعض آخر يذهب إلى أنه يكفي الجوار للأرض التي أنشئت فيها

(١) انظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٩٢ - محمد علي عرفة فقرة ٢٠٨ .
شبرون بحث في نظام الر في القانون المصري مجلة القانون والاقتصاد ص ١٦٤ - من كبيرة
فقرة ٦٧ ص ٢٠٦ - ويستند الأستاذ محمد علي عرفة إلى المادة ١٣ من قانون الري والمصرف ،
وهذا النص لا شأن له بهذه المسألة ، فهو إنما يقرر للأرض التامة على جانبى مسقا أو مصرف -

المسقا ، ولا ضرورة لأن تكون المسقا نفسها ملاصقة لأرض الجار . وهذا هو
الرأى الذى نأخذ به ، لأن عبارة « الملاك المجاورين » التى وردت فى نص
المادة ٢/٨٠٨ مدنى جاءت مطلقة لا تميز بين جار ملاصق للمسقا وجار ملاصق
للأرض التى فيها المسقا ، فكلاهما « جار » فى معنى النص . ولأن الحكمة فى
الحالتين متوافرة ، فالجار فى حالة ملاصقته للمسقا وفى حالة ملاصقته للأرض
التى فيها المسقا فى حاجة إلى رى أرضه ، وماء المسقا يفيض عن حاجة مالكها ،
فواجب التضامن الاجتماعى يقضى فى الحالتين بأن يكون للجار الحصول على
حق الشرب^(١) . ولا شك فى أن الجار ، فى هذه الصورة الأخيرة ، لا يكتفى
بالحصول على حق الشرب ، بل هو فى حاجة أيضاً إلى حق المجرى . إذ يجب
أن تعبر مياه المسقا غير الملاصقة لأرضه جزءاً من أرض المالك حتى تصل
إلى أرض الجار . ومن ثم يكون للجار أن يحصل أيضاً ، إلى جانب حق الشرب ،
على حق المجرى فى أرض المالك ، وشرط حق المجرى هنا متوافر إذ الجار فى
حاجة إلى المياه لرى أرضه . فيأخذ هامن المسقا عن طريق الحصول على حق
المجرى فى أرض المالك .

وقد يتعدد الملاك المجاورون ، بعض يجاور المسقا ذاتها وبعض يجاور
الأرض التى فيها المسقا . أو كلهم يجاورون المسقا ذاتها ، أو كلهم يجاورون
الأرض التى فيها المسقا . فى جميع هذه الأحوال ، لا تكون مجاورة المسقا
ذاتها سبباً لتفضيل جار على جار آخر ، بل العبرة بالحاجة إلى المياه الفائضة .
فمن كان من هؤلاء الجيران أشد حاجة من الآخرين إلى هذه المياه قدم على
الآخرين ، واستوفى حاجته منها قبل غيره . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع
يميدى فى هذا المعنى كما رأينا : « ويلاحظ أن مالك المسقا مفضل على الجيران ،
فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولاً ، ويأتى الجيران بعد ذلك ، فإذا تزاخوا

— خاص ، وتكون ملوكة لملاك متعددين ، فيعتبر . بالنسبة إلى أعمال التطهير والصيانة محور المسقا
أو المصرف حداً فاصلاً بين أملاكهم ، ما لم يثبت خلاف ذلك .

(١) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٧١ - عبد النعم البدر اوى فقرة ٣٤٤

ص ٢٩٧ - إسماعيل غانم فقرة ٥١ ص ١٠٩ - عبد النعم فريج السادة فقرة ٦٦ ص ١٠٢ -
منصور منصور منصور فقرة ٢٣ ص ٦٦

قدم من كانت حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك لجهة الإدارية المختصة (١).
والجهة الإدارية المختصة هنا هي تفتيش الري .

٤٤٧ - الشرط الرابع - الجار في حاجة إلى ري أرضه : وبشرط أخيراً ، حتى يحصل الجار على حق الشرب ، أن يكون في حاجة إلى ري أرضه ربا كافيا . فإذا لم يكن عنده مورد من الماء أصلا لري أرضه . قامت به هذه الحاجة ، حتى لو كان يستطيع أن يسدها بالالتجاء إلى طرق أخرى كحفر بئر إرتوازية أو يجلب المياه من طريق مجرى يطلبه من جار آخر . فالقانون لا يفرض عليه أن يلجأ إلى طريقة دون أخرى ، ومادام في حاجة إلى ري أرضه ويستطيع أن يسد هذه الحاجة بالحصول على حق الشرب كان له ذلك . ويستطيع أيضاً أن يطلب حق الشرب ، حتى لو كان عنده مورد آخر للمياه ولكنه غير كاف لري أرضه بأكملها ، كمسقا صغيرة أو بئر إرتوازي . فالقانون يعطيه الحق في الشرب لري أرضه « ربا كافيا » ، وتقول المادة ١٦ من قانون للري والصرف في هذا الصدد : « إذا رأى أحد ملاك الأقطان أنه يستحيل أو يتعذر عليه ري أرضه ربا كافيا ... إلا باستعمال مسقا ... في أرض الغير ... » . وكما قد يتعدد الملاك الجاورون ، قد يتعدد أيضاً الملاك الذين يملكون المساق الخاصة . فإذا كان الجار محاطا بملاك متعددين كل منهم يملك مسقا خاصة . فالظاهر أن له أن يختار أيا من هؤلاء الملاك يطالبه بحق الشرب . وهو لا شك يحكم مصلحته في ذلك ، فيختار المالك الذي يكون الحصول على حق الشرب من مسقاه أسهل من الملاك الآخرين . وليس له أن يتعنت ، فإذا عدل عن هذا المالك إلى مالك آخر يكون الحصول على حق الشرب من مسقاه أشد مشقة وأكثر كلفة دون مصلحة ظاهرة ، رده تفتيش الري عن تعنته ، واختار له أيا من الملاك حق الشرب من عنده هو أسهل .

٤٤٨ - الإصرارات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب -

التعريف الواجب دفعه : تنص المادة ١٦ من قانون الري والصرف (المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦) على أنه « إذا رأى أحد ملاك الأقطان أنه يستحيل أو يتعذر عليه ري أرضه ربا كافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء

(١) انظر آتفا فقرة ٤٤١ .

مسقاة أو مصرف في أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود في أرض الغير ، وتعذر عليه التراضي مع أصحاب الأراضي نوى الشأن أو وكلائهم الرسميين ، فيرفع شكواه لمفتش الري لأمر بإجراء التحقيق فيها . وعلى المفتش أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التي يستلزمها بحث الطالب ، في مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إليه . ويتولى الباشمهندس إجراء التحقيق في موقع المسقاة أو المصرف ، وعليه أن يعلن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول كل ذي شأن أو وكلاءهم الرسميين بالمكان والوقت الذين يحددان قبل الانتقال إلى الموقع المذكور بأربعة عشر يوماً على الأقل . وترفع نتيجة هذا التحقيق إلى المفتش ، الذي يصدر قراراً مسيئاً بإجابة الطالب أو رفضه ، بعد استيفاء التحقيق إذا رأى ضرورة لذلك . ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء تلك الخرائط والمستندات ، ويعلن القرار المذكورة لكل ذي شأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ... » .

والنص سالف الذكر لا يتعلق بحسب بحق الشرب ، بل هو أيضاً كما نرى يتناول حق المجرى وحق المسيل . فإجراءات هذه الحقوق الثلاثة - الشرب ، والمجرى والمسيل - واحدة . ويلاحظ ، فيما يتعلق بحق الشرب ، أن النص لا يذكر حتى شرط الجوار ، فضلاً عن شرط ملاصقة أرض الجار لمسقاة المالك ذاتها .

ويخلص من النص أن الجار ، إذا أراد الحصول على حق الشرب ، ولم يستطلع التراضي على ذلك مع مالك المسقاة ، رفع طلبه إلى مفتش الري وهذا يحيل الطالب إلى الباشمهندس لينتقل إلى موقع النزاع ويعاين الأراضي المتجاورة على الطبيعة . ثم يرفع تقريره إلى مفتش الري بنتيجة المعاينة . وعلى مفتش الري أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التي يستلزمها بحث الطالب ، وله أن يستوفى التحقيق إذا رأى ضرورة لذلك . وبعد كل هذا يصدر المفتش ، في خلال شهرين من تاريخ استيفائه للخرائط والمستندات ، قراراً مسيئاً بإجابة طلب الجار إلى حق الشرب أو رفض الطالب . وهذا التراخي الإداري يبرز الطعن فيه أمام القضاء الإداري (١) .

وإذا قضى القرار بإجابة الطلب ، وأجاز للجار الانتفاع بالمسقة ، وجب تعويض مالك المسقة ، وهذا يشمل التعويض أداء جزء مناسب من التكاليف الأصلية لتلك المسقة (أو المصرف) ، (م ١٨ رى وصرف) . وتقول المادة ٢/٨٠٨ مدني في هذا المعنى كما رأينا: «وعلى ملاك الجارين في هذه الحانة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقة أو المصرف وصيانتهما . بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها» . والمفروض هنا أن الأراضي التي تنتفع من المسقة (أو المصرف) يكون انتفاعها كاملاً ، ولذلك يكون التعويض بنسبة مساحة هذه الأراضي . فإن كان الانتفاع جزئياً ، وجبت مراعاة ذلك أيضاً عند تقدير التعويض ، فيكون بنسبة مساحة الأراضي وبنسبة هذا الانتفاع الجزئي .

وتنص المادة ٧٧ من قانون الري والصرف على أنه «في جميع الأحوال التي يقضى فيها هذا القانون بأداء تعويض ، تقرر قيمته ، عند عدم الاتفاق عليه وديا ، لجنة تشكل برئاسة مفتش الري أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ويكون نهائياً . ومن ثم تكون هذه اللجنة هي المختصة بتقدير التعويض ، ويجوز الطعن في قرارها أمام القضاء الإداري . وبذلك تكون المنازعات وتقدير التعويضات المتعلقة بالري والصرف من اختصاص الإدارة واللجان الإدارية» (١) .

— ساقفة الذكر مفرمة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه (م ٢/٧٢ رى وصرف) . ويختص بالنسبة إلى الجريمة لجنة إدارية برئاسة محافظ الإقليم أو السكرتير العام للمحافظة ووكيل تفتيش الري أو من ينيبه وعضو شياخات تعينه لجنة الشياخات . أما في المحافظات ، بحسب نظام المديرية والمحافظات القديم ، فتشكل اللجنة من المحافظ أو من يذوب عنه رئيساً ومن عضو من مصلحة الري يتدبه وزير الأشغال العمومية وعضو يختاره المحافظ من الملاك الزراعيين في المحافظة (م ٧٥ رى وصرف مضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ومعدلة بالقانون رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦) .

(١) ونرى من ذلك أن جميع مسائل الري والصرف ، ويدخل في ذلك الجرائم والعقوبات ، أصبحت الآن من اختصاص الجهة الإدارية . وهذه الجهة تفضل الجهة القضائية ، لأنها أقرب إلى تفهم طبيعة هذه المسائل وأسرع في البت فيها . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصاً يقضى باختصاص الجهات الإدارية في هذه المسائل ، فكانت المادة ١١٢٦ من هذا المشروع تنص على أن «تتولى الجهات الإدارية المختصة للفصل في المنازعات المتعلقة بتطبيق المواد ... وفقاً لمواضع الصادرة في هذا الشأن» . ولكن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب حذف هذا النص ، وتقدمت إلى الحكومة برغبة في أن تعدل اللوائح الإدارية الخاصة بهذا الموضوع بما يجعل الجهة الإدارية هي —

ويلاحظ أن التعويض الذى يعطى للمالك المسقاة ، فى مقابل حق الشرب الذى حصل عليه جاره ، يشمل جزءاً من مصروفات إنشاء المسقاة وجزءاً من تكاليف صيانتها على النحو المتقدم الذكر . ولا يشمل جزءاً من ثمن الأرض

= المختصة دون غيرها كدرجة أول ، وأن يكون استئناف قراراتها أمام الجهة القضائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢ - ص ٤٣ فى المباشر) .

وقد كان هناك خلاف قديم ، فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كانت المادة ٣٣/٥١ من هذا التقنين تجعل المحاكم القضائية مختصة بوجه عام فى المنازعات المتعلقة بحقوق الرى والصرف ، فى الجهة المختصة ، أن تكون جهة القضاء وفقاً لحكم المادة ٣٣/٥١ أم جهة الإدارة وفقاً لأحكام لائحة الترع والجسور التى صدرت فى سنة ١٨٩٤ أى بعد صدور التقنين المدنى السابق ؟ وكان الرأى السليم إذ ذاك هو أن تكون جهة الإدارة هى المختصة بجهة القضاء ، إذ أن لائحة الترع والجسور قد أفردت جهات الإدارة بالاختصاص فنسخت أحكام التقنين المدنى السابق فى هذا الشأن . ولكن محكمة النقض قضت بأن تكون كل من الجهة الإدارية والجهة القضائية مختصة فى دعاوى وضع اليد ، أما دعاوى الملك فتنبئ من اختصاص الجهة القضائية وحدها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٠ ص ٤٢ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٦٤٢ - وانظر فيما بين صدور قانون الرى والصرف فى سنة ١٩٥٣ والقانون المعدل له الصادر فى سنة ١٩٥٦ نقض جنائى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٢٣٣ ص ٤٧٩ - ٤٨٠ أبـ يل سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٣٧٩ ص ٧٨٣) .

ولم يعد اليوم مجال لقيام هذا الخلاف القديم ، بعد صدور التقنين المدنى الجديد ومن بعده قانون الرى والصرف المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ، فنصوص هذه التشريعات متضافرة على أن الاختصاص منعقد للجهة الإدارية دون الجهة القضائية . انظر فى تفصيل هذه المسألة محمد على حرفة فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٦ مكررة - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه لما كان القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ فى شأن الرى والصرف قد ضمن نصه صراحة استحقاق التعويض عما ينشأ من الأضرار بسبب تنفيذ بعض أحكامه ، ثم نص فى المادة ٧٧ على أنه « فى جميع الأحوال التى يقتضى فيها هذا القانون بأداء تعويض ولم يتم الاتفاق عليه ودياً تقدر قيمته لجنة ... » ، فإنه يبين من ذلك أن اختصاص اللجنة مقصور على نظر طلبات التعويض فى الحالات المحددة فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ . أما طلبات التعويض فى غير هذه الأحوال فإن الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة بنظر جميع الأنزعة إلا ما استثنى منها بنص خاص . لما كان ذلك ، وكان المدعى قد طلب بالدعوى للتعويض عن الأضرار التى لحقت بأرضه نتيجة لما يدعى من أن الحكومة لم تراعى الأصول الفنية فى إنشاء المصرفين ولم تتعهدهما بالصيانة والتطهير ، وكان التعويض لذلك السبب مما لم يرد عليه نص فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ ، فإن اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٧٧ من ذلك القانون لا تختص بنظره ، ويكون الاختصاص به للمحاكم (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٢٧ ص ٢٠٣) .

المختور فيها المسقاة . ذلك لأن المسقاة نبني ملكا متاخسا لصاحبها^(١) . ولا يكون للجار عليها إلا حق عيني ليس بحق ارتفاق^(٢) . ولما كان الجار يتنعم ببرى أرضه من المسقاة ، فلا محل إذن لعدم اشتراكه في مصروفات إنشاء المسقاة ، بالرغم من أن بعض الفقهاء قد انتقد اشتراكه في هذه مصروفات^(٣) . ولما كان لم يساهم في دفع قيمة الأرض التي حفر فيها المسقاة ، فقد بقيت ملكية المسقاة خالصة لصاحبها كما سبق القول .

وسنرى فيما يلي أن التعويض يدفع مقدماً^(٤) .

٤٤٩ — الإصرامات الضرورية للمسقاة التي يتعدد المنفعون بها —

نص قانوني : تنص المادة ٨١١ مدني على ما يأتي :

« إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز للزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم »^(٥) .

(١) انظر في هذا المعنى شفيق شحاته فترة ٢٧٢ — محمد علي عرفة فترة ٢٠٦ — عبد المنعم فرج الصدة فترة ٦١ — حسن كيرة فترة ٦٧ ص ٢٠٧ — وانظر في أن الاشتراك في نفقات الإنشاء والصيانة كان يجب أن يترتب عليه الاشتراك في ملكية المسقاة محمد كامل مرسى ٢٩٣ .

(٢) انظر آففا فترة ٣٩٣ .

(٣) ومن هؤلاء الفقهاء شيرون في بحثه في نظام الري في مصرفي لمة القانون والاقتصاد ص ١٧٤ — محمد علي عرفة فترة ٢٠٩ — حسن كيرة فترة ٦٧ ص ٢٠٨ .

وفي حالة تعاقب طلبات الانتفاع بالمسقاة من الجيران ، وجب على كل جار يأتي لاحقاً أن يتحمل ، فوق تكاليف الصيانة ، حصته في نفقات الإنشاء ، ويرد لمن سبقه من الجيران والمالك نصيب كل منهم في هذه الحصة .

(٤) انظر مايل فترة ٤٥٣ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٧٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١ — ص ٤٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ١٨ من لائحة الترع والجسور كانت تقضى بتكليف المنتفعين بإصلاح المسقاة أو المصرف . فإذا تعذر عليهم ذلك أجرت الحكومة الإصلاح على نفقتها ورجعت على المنتفعين بحسب اقتدارهم ، فإذا تحقق عدم الاقتدار تجاوزت الحكومة من الرجوع .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية :

والنص يعرض للمسقة الخاصة والمصرف الخاص ، وتقتصر هنا على المسقة الخاصة . فقد يتعدد المتصعون بها ، وأكثر ما يقع هذا التعدد بأن يكون ملاك هذه المسقة متعددين وقد اشتركوا جميعاً في إنشاء المسقة ، أو بأن يكون واحد من المتصعين هو وحده الذى أنشأ المسقة فى أرضه وحصل المتصعون الآخرون على حق الشرب منها وفقاً للأحكام التى قلعتها^(١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا انتفع بالمسقة أو بالمصرف أشخاص متعددون ، سواء لأنهم اشتركوا جميعاً فى إنشاء ، أو لأن واحد منهم هو المنشئ وثبت للباقي حق الانتفاع وفقاً لما تقدم من الأحكام ، فإنهم يشتركون جميعاً فى الإصلاحات الضرورية ، ويجبرون على ذلك بناءً على طلب أى واحد منهم »^(٢) .

فإذا كان المتصعون كلهم ملاكاً للمسقة ، كان لكل منهم أخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه من الأرض . وتنص المادة ١٠ من قانون الرى والمصرف على أن « لأصحاب الأراضي التى تنفع بمسقة واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها ، بنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من الأراضي المذكورة . ويفصل مفتش الرى بقرار نهائى فى كل نزاع ينشأ فى كيفية استعمالهم هذا الحق »^(٣) .

وسواء كان المتصعون كلهم ملاكاً للمسقة أو كان بعض منهم مالكا وبعض له حق الشرب ، فالجميع ملزمون ، كما رأينا ، بتطهير المسقة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم^(٤) . وتنص المادة ١١ من قانون الرى والمصرف فى هذا الصدد

— التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية البناني لا مقابل .

(١) انظر آتفا فقرة ٤٤٣ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥ .

(٣) وتنص المادة ١٣ من قانون الرى والمصرف على أنه « إذا كانت الأرض الواقعة على

جانبى مسقة أو مصرف خاص مملوكة لملاك متعددين ، اعتبر ، بالنسبة لأعمال التطهير والصيانة ، محور المسقة أو المصرف حداً فاصلاً بين أملاكهم ، ما لم يثبت خلاف ذلك » .

(٤) انظر آتفا فقرة ٤٤٨ .

على أن « أصحاب الأراضي المنتفعة بالمساق والمصارف الخاضعة مكلّفون على نفقتهم بنظريتها وصيانتها وحفظ جسورها في حالة جيدة » . ويجب فهم هذا النص على معنى واسع . فبدخل فيما يكلف به المنتفعون على نفقتهم جميع الإصلاحات الضرورية لمسقا . وإذا قامت الحاجة إلى إصلاحات ضرورية للمسقا ، وجب على الجميع القيام بها على نفقتهم ، كل بنسبة مساحة أرضه . ويجوز لأي منهم . سواء كان هو المنشئ للمسقا أو كان له عليها حق شرب فقط ، أن يجبر الآخرين على ذلك إذا امتنعوا عن القيام بهذا الالتزام . وهذا الحكم هو ما تؤكده المادة ٨١١ مدني فيما رأينا إذ تقول : « إذا لم يتفق المنتفعون بمسقا أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم » .

وقد تكفلت المادة ١٢ من قانون الري والصرف ببيان الإجراءات التي تتبع لإلزام المنتفعين بالقيام بواجبهم من التطهير والصيانة وحفظ الجسور وجميع الإصلاحات الضرورية . وهي تنص على أنه « إذا لم يتم أصحاب الأراضي بإجراء ما هو مبين في المادة السابقة (التطهير والصيانة الخ) ، جاز لمفتش الري ، بناء على تقرير الباشمهندس أو على شكوى من ذي شأن ، أن يكلفهم بتطهير المسقا أو المصرف ، أو بإزالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو أشجار أو خلافة ، أو بصيانتها ، أو بترميم جسورها ، أو بإعادة إنشاء هذه الجسور ، في موعد معين ، وإلا قام تفتيش الري بإجراء ذلك وتحصيل النفقات بالطرق الإدارية من أصحاب الأراضي كل بنسبة مساحة أرضه التي تنفع بالمسقا أو المصرف . وبحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بنتائج التطهير » . ويتبين من ذلك أن إصلاح المساق والمصارف الخاصة أمر لا يعني فحسب المنتفعين بها ، بل يعني أيضاً المصلحة العامة في الاقتصاد الزراعي ، إذ يقوم تفتيش الري ، إذا لم يتقدم أحد المنتفعين ، بتكليف هؤلاء بإجراء الأعمال اللازمة للإصلاح ، فإذا امتنعوا قام التفتيش نفسه بهذه الأعمال ورجع بالنفقات على المنتفعين .

§ ٢ - المجري والمسبل

٤٥٠ - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٩ مدني على ما يأتي :

« يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى ، بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضاً عادلاً » (١).

وبقابل النص المادة ٥٤/٣٣ من التقنين المدنى السابق (٢) .

وبقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٦٣ - ٩٦٤ و ٩٦٨ و ٩٨٠ - ٩٨١ و ٩٨٤ - ٩٨٦ - وفى التقنين المدنى اللبى م ٨١٨ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٢ - ١٠٥٤ و ١٠٥٨ -

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٧٣ من المشروع التمهيدى مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من النص كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « بشرط أن يعرض عن ذلك مقدما » . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٨ فى المشروع النهائى . واستبدل مجلس النواب عبارة « تعويضا عادلا » بكلمة « مقدما » ، ووافق على النص معدلا على هذا الوجه تحت رقم ٨٧٧ . وأقره مجلس الشيوخ بهذا التعديل تحت رقم ٨٠٩ (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧ - ص ٢٨) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٤/٣٣ : يجب على كل صاحب أرض أن يجعل ممراً فى أرضه للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن مأخذ المياه ، فى نظير تعويض يعطى له مقدما بعد تقديره بمعرفة المحاكم . وعند التنازع تحكم بالكيفية التى يكون بها إنشاء ذلك الممر ، وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر . وليس لصاحب الأرض التى يسقىها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الأراضى التى دونه على قبول مياهه بأراضهم .

ويتبين من هذا النص أن هناك فرقا بين التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الجديد تتلخص فيما يأتى : (أ) لم يكن التقنين المدنى السابق يقرر حق المسيل ، بل اقتصر على تقرير حق المجرى . ولكن لائحة الترع والجسور التى أعقبت التقنين المدنى السابق فى سنة ١٨٩٤ تلاقت هذا النقص ، فقررت المادة ١٥ من هذه اللائحة حق المسيل أسوة بحق المجرى . ولما كانت لائحة الترع والجسور تشريعا لا يرسى على الأجانب (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ١٧٧) ، فقد صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩١٢ يعدل المادة ٥٤ من التقنين المدنى المختلط ويقرر حق المسيل . (ب) وفى حق المجرى يختلف التقنين المدنى السابق عن التقنين المدنى الجديد فى مسألتين : أولاها أن التقنين السابق لم يسمح بحق المجرى إلا للمياه « اللازمة » لرى الأرض ، لا للمياه « الكافية » التى يسمح بها التقنين الجديد . والمساءلة الثانية أن التقنين السابق قد فرض اختصاص المحاكم القضائية فى مسائل الصرف والذى دون الجهة الإدارية . أما فى التقنين الجديد فهذه الاختصاصات لجهة قضائية غير مقرر . والذى تقرر على العكس من ذلك من اختصاص الجهة الإدارية ، كما يتبين تقدم (انظر أيضا فقرة ٤٤٨ فى المبحث)

وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٩-٦٠ و ٦٤ و ٧٧-٧٨ و ٨١-٨٣^(١).

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٦٣ - ٩٦٤ (تقران

حق السيل لسياء آتائلة سيلاً طبيعياً من الأراضي العالية ومنه واهية (الناطقة) .
م ٩٦٨ : على كل مالك عقار أن يبني سطوحه بصورة تسيل معها مياه الأمطار في أرضه
أوفى الطريق العمومية ، مع مراعاة الأنظمة الخاصة المتعلقة بالطرق . ولا يجوز له إساءة هذه
المياه في الأرض المجاورة .

م ٩٨٠ : يمكن لكل مالك عقار يريد أن يستعمل أرضه المياه الطبيعية أو الاصطناعية ،
التي يكون له حق التصرف بها ، أن يحصل على مرور هذه المياه في الأراضي المتوسطة بينها وبين
أرضه ، بشرط أن يدفع عن ذلك تعويضاً معجلاً .

م ٩٨١ : يمكن أيضاً لملك العقار المذكور أن يحصل ، لقاء تعويض معجل ، على إجازة
لإمرار المياه التي تسيل من أرضه بعد ريلها على هذه الصورة ، في الأراضي التي تكون تحتها .

م ٩٨٤ : ١ - لكل مالك عقار ، يريد إصلاح أرضه بإسالة مياهها أو بأية طريقة أخرى
لتجفيف ، أن يمد هذه المياه مقابل تعويض عادل معجل الدفع ، تحت الأرض أو فوقها ، عبر
الأراضي الفاصلة بين أرضه وبين مجرى ماء أو أخندق آخر لسيل المياه . ٢ - ويستثنى من هذا
الاستثناء اتفاق البيوت والبساتين والحدائق والجنائن والعرصات المسورة المجاورة للسكن .

م ٩٨٥ : يحق للمالك العقارات المجاورة أو التي تجتازها المياه أن يستعملوا المنشآت الحديثة ،
عملاً بالمادة السابقة ، لإسالة مياه أراضيهم . وفي هذه الحالة يلزمهم : (أ) قسم من أكلان المنشآت
بنسبة استفادتهم منها . (ب) النفقات الناجمة عن التحويرات التي قد يترتب إحداثها لاستعمال هذا
الحق . (ج) الحصة التي تصيبهم فيما بعد من أكلان صيانة هذه المنشآت التي تصبح مشتركة .

م ٩٨٦ : إن المنازعات التي قد تسفر عن إحداث حق الارتفاق هذا وعن استعماله ، وعن
تحديد المياه ، وعن القيام بالأشغال اللازمة لإسالة المياه أو لتجفيف ، أو عن التعويضات .
وأكلان الصيانة ، ترفع إلى القاضي صالح المنطقة التي يتوجب عليه ، عند إصدار حكمه ، أن يوفق
بين مصالح المشروع وبين الاحترام الواجب لحق الملكية .

التقنين المدني الليبي م ٨١٨ (مطابق) ..

التقنين المدني العراقي م ١٠٥٢ - ١٠٥٤ (توافق المواد ٩٦٣ - ٩٦٤ و ٩٦٨ من التقنين

السوري) .

م ١٠٥٨ : ١ - على صاحب الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري أراضي
غيره البعيدة عن مورد المياه ، وليس فيها ماء للزراعة ، ولا سبيل لمرور المياه فيها مباشرة ، وكذلك
مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عام ، بشرط أن يدفع لصاحب
الأرض مقدماً أجراً سنوياً ، وعلى شرط ألا يخل ذلك بانتفاع صاحب الأرض إخلالاً بينا ..
٢ - وعلى صاحب الأرض أن يسمح كذلك بأن تقام على أرضه الإنشاءات الفنية الضرورية للمجى
المسيل للازمين للأراضي البعيدة ، بشرط أن يستوفى عن ذلك أجراً سنوياً مقدماً . وله أن يستفيد -

ويقرر النص حق المجرى للأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وحق المسيل للأراضي البعيدة عن المصارف العامة . والمسيل يقابل المجرى ، وقد يقابل الشرب كما سنرى . وكلاهما يجب للحصول عليه توافر شروط معينة . وله إجراءات ، ويجب أن يدفع عنه تعويض عادل . والمنتفعون بالمروى (في حق المجرى وكذلك في حق الشرب) أو بالمصرف (في حق المسيل) يلتزمون بإجراء الإصلاحات الضرورية للمروى أو للمصرف . كذلك يكون المنتفع بالمروى أو بالمصرف مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الأرض التي يمر بها أى منهما . ونبحث هذه المسائل على التعاقب .

٤٥١ - المسيل يقابل المجرى وقد يقابل الشرب : يأخذ حق المسيل إحدى صورتين : (١) فهو في الأصل يقابل حق المجرى ، فكما يكون للجار حق المجرى لمروى مياه الري من أرض جاره حتى تصل إلى أرضه ، كذلك يكون له حق المسيل لمروى مياه الصرف بعد ري أرضه من أرض جاره حتى تصل إلى أقرب مصرف عام (٨٠٩ م ملئى) . (٢) وقد يقابل حق المسيل حق الشرب ، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ ملئى تقضى بأنه يجوز للجار أن يستعمل المسقاة أو المصرف المملوك لجاره لأخذ مياه الري من المسقاة ولتصرف مياه الصرف في المصرف .

ومن ثم يكون هناك تقابل كامل بين الري والصرف . فتارة يستعمل الجار مسقاة جاره للري وهذا هو حق الشرب الذي فصلناه فيما تقدم ، ويستعمل مصرف جاره للصرف وهذا هو حق المسيل في إحدى صورتيه المتقدمتي الذكر . وطورا لا يستعمل الجار مسقاة جاره ولا مصرفه ، وإنما يجري مياه الري في أرض جاره لتصل إلى أرضه وهذا هو حق المجرى ، ويصرف مياه الصرف عبر أرض جاره في ممر هو الذي ينشئه على نفقته لتصل المياه بواسطة هذا الممر إلى المصرف العام وهذا هو حق المسيل في صورته الأخرى .

= من هذه الإنشاءات بشرط أن يتحمل من مصروفات إنشائها وصيانتها قدرا يتناسب مع استفادته .

٣ - إذا لم يتفق الطرفان على الأجر ، تولت تقديره المحكمة .

قانون الملكية المقاربية الثاني :

م ٥٩ - ٦٠ و ٦٤ (توافق المواد ٩٦٣ - ٩٦٤ و ٩٦٨ من التفتين السرى) .

م ٧٧ - ٧٨ و ٨١ - ٨٣ (توافق المواد ٩٨٠ - ٩٨١ و ٩٨٤ - ٩٨٦ من التفتين السرى) .

٤٥٢ - الشروط الواجب توافرها لنيل من هي المجرى وسوء النبل :
للحصول على حق المجرى أو حق المسيل يجب توافر الشرطين الآتيين :
(الشرط الأول) يجب أن يبرز من جانب هذا الجار ملك الأرض
التي يراد استعمال الحق فيها .

ففيما يتعلق بحق المجرى يجب أن يكون طالب هذا الحق مالكا للأرض
المجاورة للأرض التي يطلب فيها إنشاء المجرى أو المروى . وهو ينشئ المروى
في أرض جاره على نفقته ، حتى يجلب عن طريقها مياه الري الكافية لري
أرضه ، فتسر هذه المياه عبر هذا المروى . ومياه الري التي يجلبها قد يأخذها
من النيل مباشرة بإنشاء مأخذ للمياه في جسر النيل ، أو يأخذها من مأخذ في
جسر إحدى الترع العامة ، أو في جسر ترعة خاصة مملوكة له ، أو في جسر
ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب وفقا للقواعد التي
أسلفناها أو بالاتفاق مع صاحب هذه التربة . وتقول المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « أما حق المجرى فقد أعطاه المشروع للمالك
الأرض البعيدة عن مأخذ المياه ، فتسر من أرض الجار المياه الكافية لري أرضه ،
وهي مياه يأخذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصة مملوكة له ، أو من ترعة
خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب^(١) . ويلاحظ أن الجار إذا
جلب مياه الري من النيل مباشرة أو من ترعة عامة ، وجب عليه الحصول على
ترخيص في ذلك من وزارة الري (م ٣٦ رى وصرف) . فيتعين عليه إذن أن
يحصل أولا على هذا الترخيص من جهة الإدارة ، حتى يستطيع أن يطالب بعد ذلك
بحق المجرى . ولما كانت الإدارة هي المختصة بالترخيص في مأخذ المياه وباتخاذ
الإجراءات اللازمة للحصول على حق المجرى ، فهي لن تتخذ هذه الإجراءات
حتى تمنح الجار هذا الترخيص . فإذا مارفت إعطاءه الترخيص لم تعد هناك
فائدة من تقرير حق المجرى في الأرض التي عينها الجار ، إذ قد يأخذ ترخيصا
بمأخذ للمياه في موضع آخر فتغير الأرض التي يتقرر عليها حق المجرى^(٢) . هذا

(١) موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٠٣ - مد على عرفة فقرة ٢١٣ -

عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٥٧ ص ٤٠٠ - إسماعيل غانم فقرة ٥٢ ص ١١٠ - حسن كيرة -

وقد يكون مأخذ المياه الذي أنشأه الجار مفصلاً عن أرض الجار ليس فحسب بأرض جاره المباشر ، بل أيضاً بأرض أو أراض أخرى تجاور أرض الجار المباشر ، فعندئذ يحصل الجار على تقرير حق المجرى في جميع هذه الأراضي أرضاً بعد أخرى ، حتى يستطيع جلب مياه الري إلى أرضه .

وفما يتعلق بحق المسيل في صورته الأولى ، وهو المسيل المقابل للمجرى ، يجب أيضاً أن تكون الأرض التي ينشئ فيها الجار المصرف على نفقته مجاورة لأرضه ، حتى يسيل ماء الصرف منها فتصل إلى أقرب مصرف عام . وقد يقتضي وصولها إلى أقرب مصرف عام أن يخترق المصرف المبنى ينشئه الجار أراضي متعددة ، الأرض المجاورة والأراضي أخرى التي تجاورها ، فيتقرر حق المسيل على هذه الأراضي جميعها أرضاً بعد أخرى . ويختلف حق المسيل هنا عن حق المجرى في أن حق المسيل يتقرر لتصل مياه الصرف إلى أقرب مصرف عام ، لا إلى مصرف خاص سواء كان مملوكاً للجار أو مملوكاً للغير كما هو الأمر في حق المجرى كما بينا^(١) . وفيما يتعلق بحق المسيل في صورته الأخرى ، وهو المسيل المقابل للشرب ، فقد رأينا أن المادة ٢/٨٠٩ مدني تنص على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها » . فما قدمناه في المسقاة ينطبق أيضاً على المصرف^(٢) . فيشترط أن يكون للمالك مصرف خاص ، وقد استوفى حاجته أولاً من هذا المصرف ، وأن يكون طالب حق المسيل جاراً للأرض وليس من الضروري أن يكون ملاصقاً للمصرف ذاته^(٣) . فعند ذلك

— فقرة ٦٨ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٧ ص ١٠٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ — وقب شفيق شحاتة فقرة ٦٧٥ ص ٣٦٧ — وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٥٣ .

(١) انظر في انتقاد ذلك محمد علي عرفة فقرة ٢١٩ ص ٢٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٤٣ وما بعدها .

(٣) انظر عكس ذلك الأستاذ منصور مصطفى منصور إذ يقول : « أما الملكية على المصرف

في مصرف الجار المجاور ، فيجب أن تكون الأرض التي تحتاج إلى الصرف مجاورة للمصرف ذاته » .

يجوز لهذا الجار أن يطالب الحق في صرف المياه بعد رى أرضه في الصرف الخاص الذي بطاره . ولا يمتد حق الجار في هذه الصورة إلى أبعد من أرض جاره المباشر الموجود فيها مصرف الخاص ، فإن مياه الصرف تكون قد وصلت بوصرفها لهذا المصرف إلى غلبتها . وتبيل بعد ذلك مع مياه صرف المالك إلى المصرف العام أو المصرف الخاص الذي تستقر فيه مياه هذا المصرف .

(الشرط الثاني) يجب أن يكون الجار في حاجة إلى رى أرضه عن طريق المجرى ، أو إلى صرف مياهه عن طريق المصرف .

ففيما يتعلق بحق المجرى ، يجب أن تكون الوسيلة الوحيدة لدى أرض الجار هي إنشاء مروي في أرض جاره حتى تصل إليه مياه الري عن طريقها . فإذا كانت لديه وسيلة أخرى للري ، كأن كان يستطيع رى أرضه ربا كافيا عن طريق آبار إرتوازية ، أو عن طريق مراو أخرى حصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين ، فليس ثمة به حاجة إلى حق المجرى في أرض جاره ، إذ هو في غنى عنه بهذه الوسائل الأخرى . ويجب أن تكون هذه الوسائل الأخرى من شأنها أن يستطيع عن طريقها رى أرضه ربا كافيا ، فقد صرحت المادة ٨٠٩

— إذ لو كانت مجاورة للأرض التي فيها المصرف دون أن تجاور المصرف ذاته ، لاقتضى الأمر إمرار مياه الصرف في أرض الجار لتصب في مصرفه الخاص ، والمشرع لم يجز إمرار مياه الصرف في الأرض المجاورة التي يملكها الغير إلا لكي تصب في مصرف عمومي (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٦٩) . وانظر أيضاً في هذا المعنى شفيق شحانة فقرة ٣٧٩ ص ٣٧٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٦١ - إسماعيل غانم فقرة ٥٣ ص ١١٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ . وإذا استقامت هذه الحجة من ناحية التحليل اللفظي للنصوص ، فإن المفهوم بوجه عام من موع النصوص أن هناك صورتين للصرف : (الصورة الأولى) تتحقق حيث يعطى الجار حق المسيل على المصرف الخاص للمالك ، وفي هذه الصورة يكون المفهوم هو أن الجار يصل إلى المصرف الخاص بالوسيلة الممكنة ، ولو بشق ممر لمياه الصرف حتى تصب عن طريقه في المصرف الخاص للمالك . ولهذا نظير في حق الشرب ، فقد قدمنا أنه متى ثبت للجار حق الشرب من مسقاة المالك ، واقتضى الأمر شق مجرى في أرض المالك لتوصيل مياه المسقاة إلى أرض الجار ، كان للجار أن يشق هذا المجرى (انظر آنفاً فقرة ٤٤٦) . (والصورة الثانية) تتحقق حيث يعطى للجار حق شق مصرف في أرض المالك ، وفي هذه الصورة وحدها اشترط القانون أن يصب المصرف الخاص الذي شقه الجار في أقرب مصرف عام (م ٨٠٩ مدني) .

وغنى عن البيان أن من يشترطون مجاورة المسقاة ذاتها في حق الشرب يشترطون كذلك مجاورة المصرف الخاص ذاته في حق المسيل (انظر آنفاً فقرة ٤٤٦ في الهامش) .

مدنى كما رأينا بأن المياه التى تمر بأرض الجار هى « المياه الكافية لرى الأراضى التابعة عن مورد المياه » (١). هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إذا حصل الجار على حق المجرى ، وجب أن تكون المروى من السعة بحيث يمكن أن تجلب « المياه الكافية » لرى أرضه ، على ما صرح به النص فيما رأينا . وقد كان التفتين المدنى السابق (م ٥٤/٣٣) يقتصر على السماح بإنشاء ممر فى أرض المالك « للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن مأخذ المياه » ، فكان يمكن تفسير ذلك بأن الجار إذا كان يصله الماء فعلا لم يستطع أن يحصل على حق المجرى فى أرض جاره ، حتى لو كان الماء الذى يصله لا يسمح برى الأرض كلها ربا كافيا (٢) .

وفما يتعلق بحق المسيل فى صورته ، يجب أيضاً أن تكون الوسيلة الوحيدة لصرف مياه الجار هى حصوله على حق مسيل فى أرض جاره . فإذا كانت لديه وسائل أخرى ، كأن استطاع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً ، أو حصل بالاتفاق مع جيران آخرين على حق مسيل فى أراضيه ، لم يعد له بعد ذلك أن يطلب حق المسيل فى أرض جاره . وما قلناه فى الرى الكافى يقال أيضاً فى الصرف الكافى ، فيجب أن يمكن الجار من صرف مياهه صرفاً كافياً (٣) .

(١) وقد توسع القضاء المختلط فى منح حق المجرى بالرغم من ضيق نصوص التفتين المدنى المختلط وعدم تطبيق لائحة الترع والجسور لأن اللائحة لم تكن سارية على الأجانب ، فكان يقضى بمنح حق المجرى إذا ثبت أنه الوسيلة الوحيدة لاستغلال الأرض بطريقة عملية مقبولة ، حتى لو كان من غير المستحيل الحصول على الماء بوسيلة أخرى ، ومنح هذا الحق أيضاً حتى لو كانت المياه تصل الأرض ولكنها لا تكفى إلا للزراعة الشتوية ، وبأن من حق الجار أن يحصل على المياه الكافية بإقامة آلة رافعة فى أرض المالك إذا ثبتت فائدة هذه الآلة (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٣٤٦ - ٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٦٣) - فن باب أولى تطبيق هذه الأحكام بعد أن توسع التفتين المدنى الجديد وقانون الرى والصرف فى حق المجرى . انظر محمد على عرفة فقرة ٢١١ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٢١١ ص ٢٦٧ .

(٣) فإذا كان يستطيع صرف مياهه صرفاً غير كاف ، لم يمنعه ذلك من طلب حق المسيل . ونص المادة ١٦ من قانون الرى والصرف صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « إذا رأى أحد ملاك الأطنان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ربا كافياً أو صرفها صرفاً كافياً إلا بإنشاء مسافة أو مصرف فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسافة أو مصرف موجه فى أرض الغير .. » . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز أن يدفع ضد الجار الذى يطالب بحق المسيل بأن فى إمكانه صرف مياهه بوسائل ميكانيكية (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٢) . وانظر محمد كامل موسى ١ فقرة ٣١٤ ص ٤١٦ .

والمياه التي يطلب من أجلها حق المسيل هي المياه التي تتخلف بعد ري أرض الجار ، أما المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة كمياه الأمطار فهذه لا يقرر القانون حق مسيل بالنسبة إليها . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً يعطى حق المسيل لهذه المياه أيضاً ، وكانت المادة ١١٧٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « على مالك الأرض المنخفضة أن يسمح بأن تنزل في أرضه المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة عنها كمياه الأمطار ، وليس لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم جسراً يسد الماء ، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتى ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك »^(١) . وكان حق المسيل الذى قرره المشروع التمهيدى في هذا الخصوص يتعارض مع التقنين المدنى السابق ، إذ كانت المادة ٦٤/٤٢ من هذا التقنين تنص على أنه « يجب على كل مالك أن يصرف في أرضه أوفى الطريق العام مياه الأمطار ومياهه المنزلية بالتطبيق على اللوائح الصحية » . ولما عرض نص المشروع التمهيدى سالف الذكر على لجنة المراجعة ، قررت حذفه لعدم الحاجة إليه في مصر ، حيث يقل نزول الأمطار^(٢) .

٤٥٣ - إجراءات الحصول على حق المجرى ومس المسيل والتعريف

الواجب - إمامة : بينا فيما تقدم^(٣) الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب ، وهذه الإجراءات هي نفسها الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق المجرى وعلى حق المسيل في كل من صورتيه . وقد رأينا المادة

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥ . هذا ويتظم صرف المياه المنزلية القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٠ الخاص بصرف مياه المباني والمراد المتخلفة في المجارى القائمة . وكان القضاء المختلط يقضى بوجود حق مسيل للمياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من أرض عالية إلى أرض منخفضة بالرغم من عدم وجود نص يقضى بذلك (استئناف مختلط أول يوفيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣ في الهامش - وهذا لا يمنع من كسب حق ارتفاع بصرف مياه الأمطار ونحوها في أرض الجار بطريق الاتفاق وبطريق تخصيص المالك ، وكذلك بالتقادم إذا وجدت علامات ظاهرة لاستعمال هذا الحق . محمد علي - مادة ٢١٧ فقرة ٢٧٤ - حسن كبيرة فقرة ٦٩ ص ٢١٣ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ ص ١٠٦ هامش ١)

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٤٨ .

١٦ من قانون الري والصرف تقضى بأنه في حالة ما إذا رأى الجار أنه « يتعذر عليه ري أرضه رياً كافياً أو صرفها صرفاً كافياً إلا بإنشاء مسقاة » (وهذا هو حق المجرى) أو مصرف (وهذا هو حق المسيل في إحدى صورتيه) في أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة (وهذا هو حق الشرب) أو مصرف (وهذا هو المسيل في الصورة الأخرى) موجود في أرض الغير ... ، فإنه إذا لم يستطع التراضي مع أصحاب الأراضي ذوى الشأن ، يقدم طلباً إلى مفتش الري . ويتولى الباشمهندس إجراء التحقيق في موقع المسقاة والمصرف ، ويسير بعد ذلك في إجراءات معينة سبق بيانها (١) .

ويجب أن يعرض المالك عن حق المجرى وحق المسيل كما يعرض عن حق الشرب فيما رأينا . فإذا كان المطلوب شق مروي أو مصرف في أرض المالك للمجرى أو للمسيل ، تحمل الجار كل نفقات إنشاء المروي أو المصرف وجميع تكاليف صيانته ، وسنرى أنه إذا أصاب أرض المالك ضرر من المروي أو المصرف فللمالك أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر . وإذا كان المطلوب الانتفاع بمسقاة المالك أو بمصرفه ، فإن التعويض يكون باشتراك الجار « في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما ، بنسبة مساحة (أرضه) التي تنتفع منها » (م ٢/٨٠٨ مدني) . وتقدر قيمة التعويض على النحو سالف الذكر ، عند عدم الاتفاق عليه ودياً ، لجنة تشكل برئاسة مفتش الري أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ، ويكون نهائياً . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٩ مدني يقضى بأن يدفع التعويض مقدماً ، ولكن هذا الحكم الخاص بتعجيل التعويض حذفه مجلس النواب ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٤٨ - وإذا حصل الجار على حق المجرى في أرض المالك ، وكان المالك نفسه أرضه بعيدة عن مورد المياه وتوافرت فيه شروط الحصول على حق الشرب ، فإنه يستطيع أن يحصل على حق الشرب من مروي الجار المشقوقة في أرضه (انظر آنفاً فقرة ٤٤٦ - وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩ - شفيق شحاتة فقرة ٣٧٧ ص ٣٦٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٥٤ ص ٣٩٧ وفقرة ٣٥٩ ص ٤٠١ - عبد المنعم فاج السادة فقرة ٦٧ ص ١٠٥) . وكذلك إذا حصل الجار على حق المسيل في أرض المالك فأنشأ مصرفاً خاصاً ، جاز للمالك إذا توافرت فيه هو أيضاً شروط الحصول على حق المسيل أن يحصل على هذا الحق ، ويصرف مياهه في المصرف الخاص المملوك لجاره والمشفوق في أرضه .

واستبدال به أن يكون التعويض « تعويضاً عادلاً » (١) . ولكن المادة ١٨/١ من قانون الري والصرف ، وقد صدر هذا القانون بعد صدور التقنين المدني الجديد ، تنص على ما يأتي : « لا ينفذ القرار الصادر بمقتضى المادتين السابقتين (ويدخل القرار الذي يعطى الجار حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل) إلا بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر من هذا القرار » . ومعنى ذلك أن يدفع التعويض مقدماً ، فلا يجوز إذن تقسيطه (٢) . بل يجب تعجيله جملة واحدة . ومن ثم لا يجوز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض الواجب ، أما فيما يتعلق بمصروفات الصيانة فيدفعها الجار على دفعات ، معجلة أيضاً في كل دفعة ، بحسب ما تقتضيه أعمال الصيانة ، كل هذا إلا إذا تم اتفاق بين أصحاب الشأن على غير ذلك (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٠ في الهامش - وكانت المادة ٣٣/٥٤ من التقنين المدني السابق تقضى ، فيما يتعلق بحق المجرى ، بدفع التعويض مقدماً . فكانت المحاكم تقضى بعدم جواز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض . وبأن تلك الحق في رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة لمنع المضي في الأعمال التي بدأت قبل ذلك (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٧) ، وبأن وجوب دفع التعويض مقدماً يتعارض مع جملة مرتباً سنوياً (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٥) .

(٢) انظر عكس ذلك محمد عى عرفة فقرة ٢١٤ ص ٢٧٢ .

(٣) ولا يكسب حق المجرى أو حق المسيل إلا باتباع هذه الإجراءات . وقد قضت محكمة النقض بأن حق المجرى لا يتقرر بمجرد ما أوجب القانون على مالك الأرض من السماح بأن يمر في أرضه المياه الكافية لرى الأطنان البعيدة عن مورد الماء ، بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذي يرى أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه رياً كافياً ، والذي تعذر عليه التراضى مع مالك الأرض التي يمر بها المجرى ، بطلب إلى المحكمة أو جهة الإدارة المختصة لتقرير هذا الحق وبيان أن كيفية التي يمكن بها إنشاء المجرى وتحديد التعويض الذي يدفعه مقابل تقرير هذا الحق له ، إذ أن تقرير هذا الحق لا يكون إلا مقابل تعويض عادل (نقض مدني ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض رقم ١٦٢ ص ١٠٤٣) .

وهناك حالة خاصة لحق المجرى نصت عليها المادة ٥٢ من قانون الري والصرف ، إذ تقول : « إذا تحول النيل عن مجراه حتى تكون بذلك جزيرة صغيرة أو طرح يمر تجاه أرض مقام عليها آلة رافعة مرخص بها ، ورأت الحكومة بيع الجزيرة أو الأرض أو إيجارها ، فلصاحب الآلة الحق في حفر مسر في الأرض الجديدة لإيصال المياه إلى تلك الآلة ، دون أداء أي تعويض » . انظر في هذه المسألة محمد عى عرفة فقرة ٢١٥ .

٤٥٤ — **تعدد المنتفعين بالمصرف** — **إمكانة** : بقى مما سبقت الإشارة إليه حالة ما إذا كان حق المسيل قد تقرر على مصرف خاص للمالك ، فأصبح المنتفع بهذا المصرف كل من المالك الذى أنشأه والجار الذى حصل على حق المسيل . وقد رأينا أن المادة ٨١١ مدنى تنص على أنه « إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » . وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقاة الخاصة (١) ، وما ذكرناه فى هذا الشأن ينطبق على المصرف الخاص . فقد يكون هذا المصرف ملكا لأشخاص متعددين اشتركوا جميعا فى إنشائه ، أو يكون ملكا لواحد منهم والباقي ينتفعون به بموجب حق المسيل . وفى جميع الأحوال يلزم المنتفعون بالقيام بالإصلاحات الضرورية للمصرف وتطهيره وصيانتها وحفظ جسوره . ونقول المادة ١١ من قانون الرى والصرف فى هذا الصدد كما رأينا (٢) : « أصحاب الأراضى المنتفعة بالمساق والمصارف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة » . ويكون ذلك بنسبة ما يملكه كل منهم من الأراضى التى تنتفع بالمصرف . ويجوز لأى من المنتفعين ، سواء كان هو المنشئ للمصرف أو كان من المنتفعين بموجب حق المسيل ، أن يجبر الآخرين على ذلك إذا امتنعوا عن القيام بهذا الالتزام . وقد تكفلت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف ببيان الإجراءات التى تتبع لإلزام المنتفعين القيام بهذا الواجب ، وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقاة الخاصة (٣) ، وما ذكره هناك ينطبق هنا .

٤٥٥ — **مسئولية مالك المروى أو المصرف** — **نص قانونى** : تنص المادة ٨١٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئا عن عدم النظهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن لمالك الأرض أن

(١) انظر آتفا فقرة ٤٤٩ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٤٤٩ .

(٣) انظر آتفا فقرة ٤٤٩ .

يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر،^(١) .

والمفروض هنا أن الجار هو الذي أنشأ المروى في أرض المالك بموجب حق المجرى ، أو أنشأ المصرف بموجب حق المسيل . فعليه أن يقوم على نفقته بتطهير المروى أو المصرف ، وصيانته . وحفظ جسوره في حالة جيدة (م ١١ رى وصرف) . فإذا قصر في ذلك ، وأصاب أرض المالك التي شق فيها المروى أو المصرف ضرر ، كأن تلفت زراعته من جراء انسياب المياه لسوء حالة الجسور أو امتنع عليه الزرع أو نحو ذلك ، كان على الجار صاحب المروى أو المصرف أن يعرض المالك عن الضرر الذي أصابه ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية^(٢) .

ويقترن بالتعويض النقدي تعويض عيني . فقد نصت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف كما رأينا^(٣) على أنه « إذا لم يقيم أصحاب الأراضي بإجراء ما هو مبين في المادة السابقة (التطهير والصيانة وحفظ الجسور) . جاز لمفتش الرى ، بناء على تقرير الباشمهندس أو على شكوى من ذى شأن . أن يكلفهم بتطهير

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٧٤ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠ - ص ٤١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق . ولكن انظر المادة ١٦ من لائحة النزع والجسور .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٨١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/١٠٥٨ العبارة الأخيرة (مطابق) .

قانون الملكية للمقاربة البناني لا مقابل .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد : « فإما : .. تعطى الجار الذي ترتب على أرضه حق رى أو مسيل ، فأصابه ضرر من المساقاة أو المصرف الذي يمر بأرضه ، الحق في أن يطلب تعويضاً كاملاً ممن ينتفع بهذه المساقاة أو المصرف ، سواء نشأ الضرر من عدم التطهير ، أو من سوء حالة الجسور ، أو من أى سبب آخر ينسب إلى خطأ المالك المنتفع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥) .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٤٤٩ .

المساقاة أو المصرف أو بإزالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو أشجار أو خلافه، أو بصيانتهما، أو بترميم جسورهما، أو بإعادة إنشاء الجسور، في موعد معين، وإلزام التفتيش بإجراء ذلك. وتحصل النفقات بالطرق الإدارية من أصحاب الأراضي. كل بنسبة مساحة أرضه التي تنفع بالمساقاة أو بالمصرف، وبحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بناتج التطهير^(١).

المبحث الثاني

التلاصق في الجوار

١٤ - وضع الحدود

٤٥٦ - نص قانوني: تنص المادة ٨١٣ مدني على ما يأتي :

« لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما »^(٢).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن تقنين المرافعات

(١) ويمكن أيضاً تطبيق المادة ٢١ من قانون الري والمصرف ، فقد رأيناها (انظر آتفا فقرة ٤٤٤ في الهامش) تقول : « إذا رأى مفتش الري ، بناء على تقرير الباشمهندس أو شكاوى من ذوي الشأن ، أن أحد المصارف أو المساق الخامة أصبح عديم الفائدة أو مضرراً ، وأمكن الاستثناء عنه لوجود طريق آخر للري أو للمصرف . جاز له أن يصدر قراراً بصد أو بإبطال تلك المساقاة أو المصرف . أو منع الضرر إذا لم يمكن الاستثناء عن المساقاة أو للمصرف ، وألزم أصحابها بتنفيذ القرار في مهلة معينة ، وإلا جاز لتفتيش إجراء ذلك على نفقتهم ».

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ قال أحد أعضاء اللجنة إنه يخشى أن يكون هناك تعارض بين هذا النص وما يجري عليه العمل في مصلحة المساحة من حيث تحديد الملك . فرد عليه مندوب الحكومة بأنه ليس هناك تعارض ، لأن النص يقرر حق فصل الحدود ، أما فيما يختص بالتنفيذ فيرجع إلى الأوضاع التي يقررها القانون ، وإلى أن يوضع القانون الخاص بذلك فمرجع الأمر إلى القضاء . فوافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨١٣ ، وأقر مجلس الشيوخ النص كما أقره - عليه لجنة (جموعة الأعمال التحضيرية ٦ س ٥٣ - ص ٥٥) .

السابق كان يفرض وجود دعوى تعيين حدود العقار ، فيجعلها من اختصاص القاضى الجزئى مهما بلغت قيمة العقارات المطلوب تعيين الحدود بينها (م ٢٦ / ٢٩ مرافعات^(١) .

ويتقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : لا متقابل فى التقنين المدنى السورى - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٢ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٠ - ولا مقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى^(٢) .

والمفروض هنا أن أرضين غير مبذبتين متلاصقتان^(٣) ، وهما مملوكتان ملكية خاصة^(٤) للمالكين مختلفين^(٥) . ويريد أحد المالكين أو كلاهما وضع حدود فاصلة ما بين أرضيهما . حتى تتميز كل أرض عن الأخرى . ووجه

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع تنهيدى فى هذا الصدد : « لم يعرض التقنين الحال (السابق) لالتزام الجيران بوضع حدود ما بين أملاكهم المتلاصقة . ولكن تقنين المرافعات (م ٢٩ / ٢٦) حمل الدعاوى المتعلقة بوضع حدود من اختصاص القاضى الجزئى ، فافترض وجودها . وتنسيقا لتشريع نص المشروع على هذا الالتزام « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٠ : لكن مالك أن يسور ملكه . على أن يمنع ذلك من استعمال حق لعقار مجاور . وله أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة . وتكون نفقات التجديد شركة بينهما . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل

(٣) أو أن هناك أرضين مبذبتين مع فناء لكل أرض . والفناء ان متلاصقتان . ولا يمنع التلاصق أن يكون الأرضان مفصولتين بطريق خاص . ولكن يمنع أن تكونا مفصولتين بطريق عام أو محرى ماء عام (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٦ - بودرى وشوفوفقرة ٩٠٨ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٩٣ ص ١١٩ - محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٥ - ص ٣٠٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٣٢) .

(٤) انظر فى التلاصق مع الأملاك العامة ما بين فقرة ٤٦٠ .

(٥) ويكون المالكان مختلفين حتى لو كانت إحدى الأرضين مملوكة لها على الشيوع وكانت الأرض الأخرى ملكا خاصا لأحدهما (انسيكروبيدى دالسور ١ لفظ Bonaage فقرة ٢٦) .

أن وضع الحدود قيد على الملكية هو أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة في هذا العمل ، فتتقيد بذلك حريرته في ملكه بعد أن كان حراً في تحديد هذا الملك أو في عدم تحديده ، وذلك ما لم يراض المالكان ويتفقا وديا على وضع الحدود . فبذلك إذن اتفاق ودي على وضع الحدود . فإن تعذر هذا الاتفاق ، إما لرغبة أحدهما في تجنب نفقات التحديد أو لخشيته من ظهور زيادة في ملكه يكون قد اشتصبها أو لغير ذلك من الأسباب ، جاز للمالك الآخر أن يرفع على المالك الأول دعوى تعيين الحدود .

٤٥٧ - اتفاق وديا على وضع الحدود : قد يتفق ، كما قدمنا ،

المالكان المتلاصقان على وضع الحدود ما بين أرضيهما ، وديا لا عن طريق القضاء . فيكونان متفقين أولا على ملكية كل منهما لأرضه ، ومساحة الأرض التي يملكها ، ولكنهما غير مستوثقين من الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما ، فيريدان الاستيثاق من ذلك ووضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود .

فيتفقان على خبير ، عند الاقتضاء ، يقوم بمسح أرض كل منهما من واقع مستندات الملك ، ويرسم الحدود الفاصلة ما بين الأرضين ، ويضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود . ويحرر بذلك محضر تحديد (procès-verbal d'abornement) يوقع عليه المالكان ويكون ملزما لهما ، ويرجعان إليه لإعادة علامات التحديد إذا انطمست هذه العلامات (١) .

ويعتبر محضر التحديد الذي وقعه المالكان عقداً فيما بينهما ، فهو ملزم لهما كما قدمنا ، ولا يطعنان فيه إلا بما يطعن به على العقد . فيجوز بوجه خاص أن يطعنا فيه بالإبطال ، لنقص في الأهلية . أو لعب في الرضاء من غلط (٢) أو تدليس أو إكراه .

٤٥٨ - دعوى تعيين الحدود - خصائصها : دعوى تعيين الحدود

(١) كذلك يقع وضع الحدود عندما يكون العقار لا لنقل الملكية ، فعندئذ تتخذ إجراءات التسجيل ، ويمهد لها انتقال عمال المساحة إلى العقار ومسحه ووضع حدوده عن طريق دق قطعة من الحديد في شكل وتد في نهاية كل حد من الحدود الأربعة .

(٢) كما إذا كشفت حدود قديمة لم يكن يعرفها الطرفان ، وهي مخالفة للحدود الجديدة

(تولوز ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٩٨١ - أنسيكلوبيدي دالوز ١

لفظ *Bornage* فقرة ٤٧) .

دعوى عبثية عقارية^(١) . إذ هي تتعلق بقيد أو بحق عيني على عتار ليس بحق ارتفاق^(٢) كما قدمنا . وهي دعوى غير قابلة للتقدم . مادام سببها قائما وهو التلاصق ما بين الأراضى المتجاورة^(٣) . ولكننا سنرى^(٤) أنه إذا انطمست الحدود التى تعينت ومضى على انطساها خمس عشرة سنة . تقادمت دعوى إعادة هذه الحدود إلى أصلها ووجب رفع دعوى من جديد بتعيين الحدود . كذلك إذا قامت حيازة متعارضة مع الحدود التى تعينت ، جاز كسب ما يتعارض مع هذه الحدود بالتقدم المكسب . وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الاستحقاق وعن دعوى الحيازة .

تختلف عن دعوى الاستحقاق فى أن ملكية الأراضى المتلاصقة ليس محل نزاع بين أطراف الدعوى ، وكل ما يطلب فيها هو تعيين الحدود الفاصلة ما بين هذه الأراضى ، لا تثبيت ملكية أرض أو جزء من الأرض لأحد المتخاصمين كما هو الأمر فى دعوى الاستحقاق . فإذا ما تخلل دعوى تعيين الحدود نزاع جدى على ملكية الأراضى المتلاصقة أو على ملكية بعض أجزائها فإن الدعوى تتحول إلى دعوى استحقاق وتصبح من اختصاص محكمة أخرى كما سنرى . والحيازة لا تلعب دوراً كبيراً فى دعوى تعيين الحدود ، فى حين أنها تلعب دوراً بالغ الأهمية فى دعوى الاستحقاق على ما رأينا . فالخائر فى دعوى الاستحقاق هو المدعى عليه ، وغير الخائر هو الذى يتحمل عبء الإثبات . أما فى دعوى تعيين الحدود ، فكل من الطرفين مدع ومدعى عليه^(٥) ، ومن ثم يكلف كل منهما بإثبات ملكيته . ويكون ذلك لا عن طريق مستندات التملك والحيازة فحسب ، بل أيضاً عن طريق العلامات الظاهرة فى الأرض ، وموقع الأرض ، وشكلها وتعرجاتها ، مما لا يعتد به فى دعوى الاستحقاق

(١) محمد كامل م سى ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) وحتى الذين يعتبرون قيود الملكية حقوق ارتفاق يقفون هنا ، ويعتبرون الالتزام بوضع الحدود التزاماً قانونياً وليس بحق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق لا يمكن أن ينطوى على حمل إيجابى (شفيق شحاتة فقرة ٣٩٣) .

(٣) أوبر ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٩ - ص ٣٢٠ - بودرى وشولر فقرة ٩١٧ .

(٤) انظر مايل فقرة ٤٦٢ .

(٥) بودرى وشولر فقرة ٩٠٣ .

إذا تعارض مع الحيابة . ودعوى تعيين الحدود من اختصاص القضاء الجزئى كما سنرى ، أما دعوى الاستحقاق فهى من اختصاص القضاء الكلى أو القضاء الجزئى بحسب قيمتها .

وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الحيابة فى أن المطلوب فى دعوى الحيابة هو تثبيت الحيابة مؤقتا للحائز الذى توافرت فيه الشروط إلى أن ترفع دعوى الاستحقاق ، فهى دعوى تمهيدية لهذه الدعوى الأخيرة . وترفع دعوى الحيابة فى مواعيد معينة لا بد من مراعاتها ، وإلا كان قبولها غير جائز . أما دعوى تعيين الحدود فلا شأن لها بالحيابة ، بل إن الحدود التى تعين قد تكون متعارضة مع الحيابة . وليست دعوى تعيين الحدود بدعوى تمهيدية لدعوى الاستحقاق ، بل على النقيض من ذلك دعوى الاستحقاق هى التمهيد لدعوى تعيين الحدود . فإذا ما استقرت الملكية لكل من المالكين المتلاصقين عينت الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما طبقا لما استقر عليه أمر الملكية . وليس هناك ميعاد لرفع دعوى تعيين الحدود ، فهى ترفع فى أى وقت ، وقد قدمنا أنها غير قابلة للتقادم .

٤٥٩ - المحكمة المختصة بدعوى تعيين الحدود : تنص المادة ٤٦ من

تقنين المرافعات على أن : تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى ، وانتهائيا إذا لم تتجاوز قيمتها خمسين جنيا فيما يأتى :
.... (د) دعوى تعيين الحدود وتقدير المسافات المقررة بالتقوانين واللوائح أو العرف فيما يتعلق بالأبذية أو المنشآت الضارة أو الغرس ، إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع » .

وبخلص من هذا النص أن دعوى تعيين الحدود ، إذا لم تكن الملكية فيها محل نزاع . تكون من اختصاص القضاء الجزئى ، مهما تكن قيمة الأراضى المتلاصقة المطلوب تعيين الحدود الفاصلة فيما بينها . فقد تبلغ هذه القيمة مقدارا كبيرا . ومع ذلك تبقى دعوى تعيين الحدود من اختصاص القاضى الجزئى ، بل ويكون حكمه فيها نهائيا إذا لم يتجاوز قيمة الأراضى - وهذا نادر - خمسين جنيا ، فإذا تجاوزت هذا المقدار كان حكم القاضى الجزئى ابتدائيا يستأنف أمام المحكمة الكلية . والسبب فى النزول بالاختصاص إلى أدنى مراتبه هو أن دعوى

تعيين الحدود لا تعرض لنزاع في الملكية كما قدمنا ، إذ المفروض أن الملكية ثابتة ، وكل ما ثبت فيه المحكمة هي مسألة مادية يمكن في يسر بالالتجاء إلى خبرة مهندس المساحة التحقق منها . وهي التعرف على المعالم والحدود الفاصلة ما بين أرضين متلاصقتين . ووضع علامات بارزة لهذه الحدود ، وخرير محضر بالتحديد . وتكون المحكمة الجزئية المختصة هي المحكمة الكائن في دائرتها الأراضي المتلاصقة .

وقد استقر القضاء الفرنسي في دعوى تعيين الحدود^(١) على أن يشمل اختصاص قاضي الصلح^(٢) لا تعيين الحدود فحسب ، بل أيضاً فحص الحدود غير الثابتة وتثبيت ما يمكن تثبيته منها بالرجوع إلى مستندات التملك ووثائق الدعوى ومسح الأراضي . بل يمتد اختصاصه إلى أبعد من ذلك ، فيقسم ما يحده ، بعد مسح الأراضي ، من عجز أو زيادة في المساحة بين المالكين المتلاصقين بعد أن يرجع في ذلك إلى المساحات المبينة في مستندات التملك^(٣) . ويبقى للقاضي هذا الاختصاص حتى لو تمسك أحد طرفي الدعوى بالحجزة القائمة لتعيين الحدود ، فإن التمسك بهذه الحجزة لا يعتبر نزاعاً في الملكية^(٤) ، كما لا يعتبر نزاعاً في الملكية مجرد الاختلاف على تطبيق مستندات التملك دون أن يكون هناك نزاع على هذه المستندات ذاتها^(٥) . بل إن النزاع في الملكية ذاته لا يعتد به ، إذا لم يستند هذا النزاع إلى سند للتملك أو إلى التقادم^(٦) . أما إذا نازع أحد الطرفين ، مستنداً في ذلك إلى سند أو إلى التقادم ، في ملكية

(١) انظر في ذلك دلابول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٤٠ .

(٢) وهو ما يقابل عندنا القاضي الجزئي - ويسمى الآن *juge d'instance* .

(٣) نقض فرنسي ١٠ أبريل سنة ١٨٦٦ سيريه ١ - ٦٦ - ١ - ٢٨٩ - ٢ أغسطس سنة ١٨٧٥

سيريه ٧٦ - ١ - ١١ - بودري وشوفو فقرة ٩١٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩ - ١ - ١٧٦ - ١٦ مارس سنة

١٨٨٠ سيريه ٨٠ - ١ - ٣٦٧ .

(٥) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٦٥ سيريه ٦٥ - ١ - ٣٠٧ - أوبري وروا ٢

فقرة ١٩٩ ص ٣٢٤ .

(٦) نقض فرنسي ٢٠ يولييه سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٤٤٨ - ٢٦ مايو

سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٥ - ١ - ٧٦ - ١٥ مارس سنة ١٩٢١ جازيت دي پاليه ١٩٢١ - ١ -

٥٣٢ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٥ - بودري وشوفو فقرة ٩١٥ - ماري ورينو

فقرة ٢٥ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ .

أجزاء معينة من الأراضي المتلاصقة . فإن دعوى تعيين الحدود تنقلب إلى دعوى استحقاق لا يختص بنظرها قاضي الصلح (الناضي الخزن) (١) . وإذا أثر هذا النزاع في أية حالة كانت عليها الدعوى (٢) . وجب على الناضي . ولو من تناء نفسه . احكم بعدم اختصاصه . ولا يقتصر على وقف الدعوى حتى يبت في النزاع في الملكية (٣) . وذلك كله ما لم يكن النزاع على الملكية نزاعاً غير جدي (٤) . وإذا رفع النزاع على الملكية أمام المحكمة المختصة (٥) ، فهذه المحكمة لا تقتصر على البت في هذا النزاع . بل تعين أيضاً الحدود الفاصلة ما بين الأراضي المتلاصقة (٦) . وتحيل الدعوى . بعد ذلك إلى قاضي الصلح (Juge d'instance) لمجرد تطبيق الحدود التي عينها المحكمة تطبيقاً مادياً على الطبيعة (٧) .

٤٦٠ - محل دعوى تعيين الحدود وطرفاها : قدمنا (٨) أن محل

- (١) نقض فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٠٣ - : يناير سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١١٢ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٠٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٢١٢ - ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٤ - ١ - ٧٦ .
- (٢) نقض فرنسي ١٨ يونيو سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٢١٣ .
- (٣) نقض فرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ - ١ - ٣٣٩ - ١٨ يونيو سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٢١٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٧ - بودري وشوفو فقرة ٩١٦ ص ٦٤٤ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٩ ص ٣٠٥ - عكس ذلك عبد المنعم البدر أوى فقرة ٩٣ ص ١١٩ - عبد المنعم فرج الصلحة فقرة ٨٩ .
- (٤) نقض فرنسي ١٥ ديسمبر سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ - ١ - ١٥٦ - : يناير سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١١٢ - ٣٠ - إليه سنة ١٩٣٢ جازيت دي پاليه ١٩٣٢ - ٢ - ١٩٠٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دي پاليه ١٩٣٢ - ١ - ٢٨٦ - ٢٦ يناير سنة ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ - ٢٢٥ - ١٤ يونيو سنة ١٩٥٤ Bull. civ. ١٩٥٤ - ١ - ١٦٣ - ١٨ فبراير سنة ١٩٦٠ المحلة الفصلية للقانون المدني ١٩٦٠ - ٥٢٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٧ - بودري وشوفو فقرة ٩١٥ - مارتى ورينر فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٣ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٩ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥ .
- (٥) المحكمة المختصة في فرنسا هي tribunal de grande instance .
- (٦) نقض فرنسي ١٨ يونيو سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٢١٣ .
- (٧) نقض فرنسي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٧ - ١ - ١١٢ - بودري وشوفو فقرة ٩١٦ ص ٦٤٤ .
- (٨) انظر أيضاً فقرة ٤٥٦ .

دعوى تعيين الحدود هو إقامة حدود ثابتة بين أرضين غير مبنتين متلاصقتين ،
 مملوكتين ملكية فردية للمالكين مختلفين^(١) . ويغلب أن تكون الأرضان المتلاصقتان
 من الأراضي الزراعية أو الأراضي القضاء . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن
 توضع حدود فاصلة ما بين أرضين مبنتين على أن تكونا منتهيتين بنهائين هما
 المتلاصقان أو بأرض عراء^(٢) . وقيام سور أو خندق أو أى حاجز آخر ما بين
 الأرض لا يمنع من بقائهما متلاصقتين ، فيجوز طلب وضع الحدود بينهما ،
 ما لم يكن هذا الحاجز قد أقيم بناء على تعيين سابق للحدود لا يزال حافظا أثره ،
 فعند ذلك لا تجوز إعادة التعيين^(٣) . كذلك لا يمنع التلاصق ، فيجوز طلب
 وضع الحدود ، أن يتوسط الأرض طريق خاص مملوك لأحد المالكين أو
 مملوك لكلهما ملكية مفرزة ، أو أن يتوسط مروي ماء صغير من البئر أن
 يتغير مجراه^(٤) . أما إذا توسطت الأرض مجرى ماء كبير ثابت ، فإن هذا المجرى
 يكون حدا فاصلا طبيعيا ، ولا حاجة بعد ذلك إلى تحديد آخر^(٥) . كذلك
 لا تكوى هناك حاجة إلى تحديد آخر إذا فصل الأرضين طريق عام ، فإن هذا
 الطريق يكون هو الحد الفاصل^(٦) . وإذا كانت الأرض ملاصقة للأماكن
 العامة أو الدومين العام ، فإن جهة الإدارة هي التى تعين حدود الملك العام
 بقرار يصدر منها لا عن طريق دعوى بتعيين الحدود ، ولصاحب الأرض
 الملاصقة أن يطعن فى قرار الإدارة بالإلغاء أمام القضاء الإدارى ، وله أن
 يطلب التعويض أمام المحاكم العادية^(٧) .

-
- (١) نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٩٣٤ جازيت دى پاليه ١٩٣٤ - ١ - ٨٩٥ .
 (٢) نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ١٨٣ - ٢٨ ديسمبر سنة
 ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٨ - ٩٥ - أوبى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٦ - بودرى وشوفو فقرة
 ٩١٠ - مارتى ورينو فقرة ٣٥٧ ص ٢٧٢ - محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٢٠٦ -
 محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٩٣ ص ١٢٠ .
 (٣) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٧٨ .
 (٤) نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٣٢ .
 (٥) نقض فرنسى ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٣٥٣ .
 (٦) نص فرنسى ٦ نوفمبر سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ - ١ - ٤٢٧ .
 (٧) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ - محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٧ -
 عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢ - وانظر فى القانون الفرنسى والقضاء فى فرنسا بلانيول
 وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٥ .

ولأى من المالكين المتلاصقين أن يكون طرفاً في دعوى تعيين الحدود - فيجوز لكل منهما أن يرفع هذه الدعوى على الآخر (١) . وكما يجوز للمالك أن يكون طرفاً في الدعوى . كذلك يجوز لصاحب حق الانتفاع والمحتكر ولناظر الوقف أن يرفعوا دعوى تعيين الحدود (٢) . ولكن لا يجوز للمستأجر ولا للمزارع أن يرفع هذه الدعوى ولا أن يدخل طرفاً فيها . فإن حقه شخصي فليست له صفة في دعوى عينية كدعوى تعيين الحدود (٣) . ولما كانت هذه الدعوى من أعمال الإدارة . فتكفي أهلية الإدارة في التقاضي . ويجوز للولى أو الوصى أو التيم أو الوكيل وكالة عامة أو ناقص الأهلية إذا كان مملك أعمال الإدارة أن يرفعها أو ترفع عليه . وذلك ما لم تختلط بزراع في الملكية فعند ذلك يجب أهلية التصرف (٤) .

٤٦١ - عمليات التعمير : هناك عمليتان رئيسيتان . يتلوها عمليتان

تنفيذيتان . فالعمليتان الرئيسيتان هما : (أولاً) فحص سندات التملك للاستيثاق من مساحة الأراضي المتلاصقة المذكورة في هذه السندات . وليس من الضروري

(١) ويجوز للمالك على الشيوخ أن يرفع دعوى تعيين الحدود وأو لم يشترك معه في رفع الدعوى شركاءه في الشيوخ (بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ **Bornage** فقرة ٥٢) .

(٢) وفي حالة صاحب حق الانتفاع والمحتكر . يجب على البخار الملتصق إدخال صاحب البرقية أو المحكر خصماً في الدعوى حتى يكون الحكم حجة عليه (پلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٩٣٨ - محمد على عرفه فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢) . أما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له في رفع دعوى تعيين الحدود (نقض فرنسي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ١٤ - مارتى وزينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧١ هامش ١ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ **Bornage** فقرة ٥٢) .

والدائن المرتهن رهن حيازة له صفة في رفع دعوى تعيين الحدود على أساس أن له حقاً عينياً في القانون المصرى . ويدخل المالك خصماً في الدعوى حتى يكون الحكم في مواجهته (ديمولاريت ١١ فقرة ٢٥٧ - بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ ص ٦٣٥ - دي باج ودكرز فقرة ٩٥٨ ص ٨٤٧ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ هامش ١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٢ - عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣١٩ مكررة ص ٣٠٦) .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ .

(٤) انظر في القانون المفرنسي بودرى وشوفو فقرة ٩٠٦ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٤ .

أن تكون هذه السندات مشتركة بين أطراف الدعوى . ويقترن بذلك معاينة الأرض على الطبيعة . للتعرف على أوضاعها وشكلها ومن هي تحت حيازته والعلامات المادية الموجودة فيها . (ثانياً) مسح الأراضي المتلاصقة للاستيثاق من مساحتها الحقيقية . وما عسى أن يوجد فيها من زيادة أو نقص . وقد يستلزم الأمر ، بناء على طلب أطراف الدعوى أو بناء على أمر القاضى من تلقاء نفسه ، مسح أراض أخرى مجاورة إذا وجد عجز في مساحة الأراضي المتلاصقة . فقد يتبين أن هذا العجز موجود فيها . وبخاصة إذا كانت هذه الأراضي المجاورة هي والأراضي المتلاصقة مجموعاً واحداً ثم قسم بعد ذلك . وليس لأصحاب الأراضي المجاورة أن يحتجوا بعدم تلاصق أراضيهم بالأراضي المطلوب تحديدها^(١) .

والعمليتان التنفيذيتان هما : (أولاً) رسم الحدود الفاصلة ما بين الأراضي المتلاصقة . وإقامة معالم مادية ثابتة لهذه الحدود . وقد نوضع قوالب من الطوب ، ولكن الغالب أن تدق قطعة من الحديد في شكل وتد في نهاية كل حد من الحدود الأربعة . بحيث إذا مد خط مستقيم بين كل وتدين متقابلين أحاطت الخطوط المستقيمة الأربعة بجميع أطراف الأرض^(٢) . (ثانياً) تحرير محضر تحديد (procès-verbal d'abornement) يثبت فيه اتجاهات الحدود المرسومة بالدقة المستطاعة . حتى يمكن الرجوع إليه لإعادة معالم الحدود إذا ما انطمست هذه المعالم .

٤٦٢ - محضر التحديد وفوته في الإثبات : ومحضر التحديد يوقعه الطرفان ، وحتى إذا لم يوقعاه فلا بد من تصديق المحكمة عليه . والمحضر الموقع

(١) أوبرى ورو ٢ - فقرة ١٩٩ ص ٣١٥ - بودرى وشوئوفقرة ٩٠٩ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٧ .

(٢) وقد يتبين أن الحدود الفاصلة هي خطوط متعوجة غير مستقيمة ، فيجوز في هذه الحالة تصحيح هذه الخطوط وجعلها مستقيمة عن طريق تبادل أصحاب الأراضي المتلاصقة أجزاء من الأرض كل منهم مع الآخرين . وهذا يقتضى أن يكون أطراف الدعوى قد توافروا على أهلية التصرف فلا تكن أهلية الإدارة ، وأن يكونوا راضين بهذا التبادل فلا يستقل به القاضى ، وأن يدفعوا رسوم نقل الملكية طبقاً للقواعد المقررة (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٨ - كاربونيه ص ١٥٥) .

عليه من الطرفين أو المصدق عليه من المحكمة بكون حجة بما جاء فيه على كل من الطرفين . من حيث مساحة كل أرض ومن حيث الحدود الفاصلة بين الأرضين . وقد قدمنا (١) أنه إذا انطدست معالم الحدود الفاصلة : أو تعد طمسها أحد الطرفين ، فإنه يجوز لصاحب المصلحة أن يطلب إعادة معالم الحدود كما كانت . وذلك من واقع محضر التحديد . ويجوز أيضاً لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى الحيازة إذا توافرت شروطها لإعادة معالم الحدود ، وعلى من يعنيه الأمر أن يرفع دعوى الموضوع .

ومع ذلك يقد محضر التحديد قبضته إذا تغيرت معالم الحدود أو انطدست ومضى على تغيرها أو انطامسها خمس عشرة سنة . إذ تسقط دعوى إعادة الحدود إلى ما كانت عليه بالتقادم المستقط . ويجب في هذه الحالة رفع دعوى من جديد بتعيين الحدود . وقد تعين الحدود الجديدة على غير الصورة التي عينت بها الحدود القديمة . فقد يتفق أن أحد الطرفين أو أجنبياً يكون قد وضع يده على جزء من الأراضي المتلاصقة وأن يكون قد ملكه بالتقادم المكسب ، فتعين الحدود الجديدة عندئذ بما يتفق مع هذا الوضع الجديد (٢) .

ومحضر التحديد إذا وقع عليه الطرفان يكون عقداً ملزماً لكل منهما ، ولكن يجوز لأي من الطرفين أن يطعن في المحضر بما يطعن به في أي عقد ، وبخاصة بالإبطال للغلط (٣) . أما الحكم القاضي بالتصديق على المحضر . فيطعن فيه بوجوه الطعن في الأحكام (٤) .

٤٦٣ - نفقات التمهيد : رأينا (٥) أن المادة ٨١٣ مدني تنص

في آخرها على ما يأتي : « وتكون نفقات التحديد شركة بينهما ، أي بين المالكين المتلاصقين . وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « وقد جعلت نفقات التحديد شركة ما بين الجيران حتى حسب الرؤوس .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٢ - ص ٣٢٣ وهاش ٣٠ و ٣١ - بودري وشوفو فقرة ٩٢١ - بلانيول ريبير ويكار ٣ فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٩ - وانظر آنفاً فقرة ٤٥٨ ،

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٧ .

(٤) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٩ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٥٦ .

ولو اختلفت مساحات الأراضي . ولكن نفقات مسح الأراضي ذاتها تكون على أصحابها . كل بنسبة مساحة الأرض التي يملكها (١) .

ويجب التمييز بين أنواع ثلاثة من النفقات .

(النوع الاول) نفقات التحديد ذاته . من فحص سندات التملك ، وتطبيقها على الطبيعة ورسم الحدود الخاصة ووضع معالم مادية ثابتة لها . فهذه النفقات تكون شركة ما بين المالكين المتلاصقين ، وتقسم بينهما مناصفة بحسب الرؤوس .

(النوع الثاني) نفقات مسح الأراضي المتلاصقة ، وهذه تقسم بين المالكين المتلاصقين كل منهما بنسبة مساحة الأرض التي يملكها .

(النوع الثالث) نفقات الدعاوى إذا وقع نزاع في الملكية ، فهذه تكون على من خسر الدعاوى طبقا للقواعد العامة (٢) .

٤٦٤ - تحريط الملك - إمانه : وإذا كان القانون قد جعل وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة إجباريا بناء على طلب أى من الملاك . فإن تحويط الملك من جميع جوانبه بنسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك ليس إجباريا . ونصن المادة ١/٨١٨ مدنى فى صدرها صريح فى هذا المعنى ، إذ يقول : « ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه (٣) » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الحائط الفاصل (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤ .

(٢) انظر فى كل ذلك : نضر فرنسى ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٠٩ - ١ - ٢١٢ - ١٧ يونيه سنة ١٩١١ جازيت دى داليه ١٩١١ - ٢ - ٣١١ - أوبر ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢١ - بودرى وشوفو فقرة ٩١٨ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٤١ - مارفى ورينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٣ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ - محمد على عرفة فقرة ٤٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٣ ص ١٢٠ - حسن كيرة فقرة ٧٥ ص ٢٣٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩ ص ١٣٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٣٢ .

(٣) يقضى المرسوم بقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٧ بأن على مالك الأرض القضاء أو الخربة أن يقوم بتسويرها إذا رث الإدارة الصحية هذا التسوير حاية لصحة العامة ، وإلا قامت الإدارة بهذا للتسوير على نفقة المالك

(٤) انظر ما يلى فقرة ٦١٠ .

§ ٢ - حق المرور

٤٦٥ - نص قانوني : تنص المادة ٨١٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - مالك الأرض محبوسة عن الطريق العام . أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة . له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف . مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام . وذلك في نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك » .

٢ - على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء ^(١) .
ويقابل هذا النص المادة ٦٥/٤٣ من التقنين المدني السابق ^(٢) .

(١) تاريخ النص : ويرد هذا النص في المادة ١١٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استتر عليه في التقنين المدني الجديد . فيما عدا أن عبارة « وذلك في نظير تعويض عادل » الواردة في الفقرة الأولى كانت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « وذلك في نظير تعويض كامل يدفعه مقدماً » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٨٢ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حلت عبارة « وذلك في نظير تعويض عادل » محل عبارة « وذلك » . في نظير تعويض كامل يدفعه مقدماً » . وأصبح رقم المادة ٨٨٠ . ووافق عليها لسان الشيوخ تحت رقم ٨١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧ - ص ٥٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٥/٤٣ : لصاحب الأرض التي ليس لها اتصال بالطريق

العموم الحق في الاستحصال على مسلك من أرض الغير للوصول إلى الطريق المذكور ويكون الحكم بمعرفة المحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك . وبتقرير ما يعطى مقدماً من تعويض في مقابلة المسلك المذكور .

ويختلف نص التقنين السابق عن نص التقنين الجديد في مسائل ثلاث : (١) التقنين الجديد أوسع من التقنين السابق في حق المرور من ناحية جواز منحه في التقنين الجديد حتى لو وجد ممر آخر للأرض المحبوسة ولكنه ممر غير كاف . ومن ناحية أن التقنين الجديد يعطى حق المرور بالقدر اللازم لاستغلال الأرض المحبوسة واستعمالها على الوجه المألوف . (٢) كان التقنين السابق ينص على أن يعطى التعويض مقدماً . أما التقنين الجديد فقد رأى أن حكم تعجيله التعويض قد حذفته لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب . (٣) نص التقنين الجديد على حالة تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار فيكون حق المرور في هذه الأجزاء . ولم يكن هذا الحكم وارداً في التقنين السابق .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٧٧ - ٩٧٩ -- وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٥٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧٤ - ٧٦ .

ويتبين من النص المتقدم أن هناك أمراً أساسياً لا بد من قيامه للحصول على حق المرور الذي يقرره القانون قيداً على الملكية . وذلك هو أن تكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام . والحبس عن الطريق العام يقتضي أن يعطى للأرض المحبوسة ممر إلى هذا الطريق ، لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف . وضرورة إيجاد ممر للأرض المحبوسة يقتضي البحث أين يكون موضع هذا الممر ، فقد وضع القانون لذلك ضوابط معينة . ومنى أعطى لصاحب الأرض المحبوسة ممر يؤدي إلى الطريق العام . فقد وجب عليه أن يدفع تعويضاً . هذه هي جملة المسائل التي نبحثها فيما يلي (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٧٧ : ١ - ملك العقار المحاط من كل جانب والذي لا منفذ له إلى الطريق العام أن يطلب ممرأ في الأراضي المجاورة ، مقابل دفعه تعويضاً بنسبة الضرر الذي قد يسببه . ٢ - ويمطى نفس الحق ملك العقار الذي ليس له إلا منفذ غير كاف لاستثماره استثماراً زراعياً أو صناعياً .

م ٩٧٨ : ١ - يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافة من الأرض الخاصة إلى طريق العام أقصر ما يمكن . ٢ - إنما يجب أن يعين الممر في النقطة التي يسبب فتحه فيها أقل ضرر ملك الأرض التي يمنع الممر فيها .

م ٩٧٩ : ١ - إذا أصبحت الأرض محاطة من كل جانب بسبب تجزئتها أثر بيع أو مقايضة أو قسمة أو أي عقد آخر ، فلا يجوز طلب ممر إلا في الأراضي التي تكون هذه المعاملات قد جرت فيها . ٢ - ولكن إذا تعذر وضع ممر كاف في الأراضي المقسومة ، فتطبق عندئذ المادة ٩٧٧ .

(وأحكام التقنين السوري تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٥٩ (موافق فيما عدا أن التعويض وهو أجر سنوي يدفع مقدماً في التقنين العراقي) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧٤ - ٧٦ (مطابقة للمواد ٩٧٧ - ٩٧٩ من التقنين السوري ، وهي موافقة في أحكامها لأحكام التقنين المصري) . وانظر في حق المرور في القانون اللبناني حسن كبيرة في الحقوق للبنية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة للكتابة سنة ١٩٦٥ ص ١٠٦ - ص ١١٩ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصين آخرين يعطيان الشخص الحق في المرور بأرض الغير .

٤٦٦ - أ - وجود أرضه محبوسة عن الطريق العام : يجب ، حتى يفرض القانون على المالك أن يتحمل مرور الجار في أرضه ، أن تكون أرض الجار أرضاً محبوسة عن الطريق العام . ومعنى كون الأرض محبوسة عن الطريق العام ألا يكون لها منفذ إلى هذا الطريق ، فتكون محاطة من جميع الجوانب بأراضي الجيران ولا سبيل للجار إلى الطريق أمام إلا أن يمر في إحدى هذه الأراضي أو في بعض منها . فإن كان له حق ارتفاق بالمرور في أرض من هذه الأراضي المجاورة ، كسبه بتصريف قانوني (عقد أوصية) أو بالميراث أو بالتقادم (وحق المرور بكسب بالتقادم بصريح النص م ١٠١٦/٢ مدني) أو

= (النص الأول) هو المادة ١١٧٩ من المشروع التمهيدى ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :
 « على كل مالك أن يأذن ، في نظير تعويض عادل إذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذى مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه ، كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص ، أو لاستعادة أشياء ضائعة ، أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى ، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر يلغى » . وقد أقر النص في لجنة المراجعة وفي مجلس النواب ، ولما وصل إلى لجنة لمس الشيوخ قررت اللجنة حذفه « تجنباً للتوسع في قيود الملكية ، واكتفاء بالقواعد العامة التي يقررها المشروع في النصوص الخاصة بسوء استعمال الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨ - ٤٩ في الهامش) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذه المادة : « ويلاحظ أن تدخل الجار هنا في انتفاع المالك بملكه لم يشرع ليتوق به الجار خطراً داهماً فحسب ، بل شرع أيضاً لالتماس منفعة كبيرة تعود على الجار هي أعظم بكثير من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل . ويجب في كل الأحوال تعويض المالك عما أصابه من الضرر تعويضاً عادلاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١) .

(النص الثانى) هو المادة ١١٨٠ من المشروع التمهيدى ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :
 « على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، إذا أصبح المرور في الطريق متعذراً ، أن يسمح بمرور الجمهور في أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالقدر المعقول . فإذا نشأ من ذلك ضرر ، وجب على الجهة الإدارية القائمة على شؤون الطرق العامة أن تعوض المالك إذا اقتضى الحال ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لعدم الحاجة إلى الحكم للذ » أوردته « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩ - ٥٠ في الهامش) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذه المادة : « وواضح أن هذا للفرض تقرر فيه حق المرور على أرض المالك لا لمصلحة قمار آخر ، بل لمصلحة الجمهور . فهو يختلف عن الفرضين السابقين ، ولكنه لا يزال تطبيقاً لقاعدة الجوهريّة التي تجيز التدخل في انتفاع المالك بملكه إذا حقق هذا التدخل مصلحة أكبر بكثير من الضرر للذ أحدثه . فهو ، وإن كان لا يمكن أن يوصف بأنه حق ارتفاق ، يعتبر على كل حال قيدا من القيود التي ترد على حق الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١ - ص ٥٢) .

بتخصيص رب الأسرة ، فإن أرض الجار في هذه الحالة لا تكون محبوسة من الطريق العام إذ أن لها منفذاً إلى هذا الطريق كسبه الجار بإحدى طرق كسب حقوق الارتفاق . كذلك لا يعتد بانحباس الأرض إذا كان المالك هو الذي حبسها عن الطريق انعام بمنه . كما إذا بنى على أرضه فسد بالبناء المنفذ الذي كان له (١) . وسترى تطبيقاً هاما لذلك عندما نبحث الانحباس الذي ينشأ عن تجزئة الأرض بتصرف قانوني .

وقد لا يكون للجار إلاحق مرور متنازع فيه (titre contestable) أو حق مرور محمول على التسامح (par suite de la simple tolérance) ، فيصل الجار بفضل هذا الحق أو ذاك إلى الطريق العام . والرأى الغالب أن هذا يكفي لاعتبار الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، مادام الجار يصل فعلاً إلى هذا الطريق دون أن يعترضه أحد (٢) . ولكن يصح الاعتراض على هذا الرأى بأن

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٦ ص ٧٩٤ هامش ١ - بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٢٤ - دى إاج فقرة ١٣٦ ص ٤٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٧ - مارتى ورينو فقرة ٢٨٨ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٢٧ - توفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢٨ ص ٣٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ - حسن كبيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٣ - ص ٧٤ .

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ، حتى لو ترك المالك حق ارتفاق بالمرور كان ثابتاً له يزول بعدم الاستعمال (نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٦ - ١ - ٢٥٦ - بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٤ ص ٥٨١ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ هامش ١ - عكس ذلك إسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١١٩ - وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٤ - ص ٧٥ ويرى أنه إذا تبين أن عدم الاستعمال كان بسبب تغيير المالك استغلال الأرض ، فلا يحرم المالك من حق المرور للقانون) .

أما إذا نزل المالك من حق ارتفاق بالمرور كان ثابتاً له ، فإنه يفقد حقه في المطالبة بحق المرور القانوني (إسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ - ص ١١٧) .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٨٣٩ سيريه ٣٩ - ١ - ١٩٣ - ١٥ يولييه سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ - ١ - ٤١٩ - أو - ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٢ وقرة ٩٢٧ - مارتى ورينو فقرة ٢٨٨ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٢٣ ص ٤٢١ - توفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - محمد علي عرقة فقرة ٢٣١ ص ٢٩٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢٨ ص ٣٨٢ - إسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ - حسن كبيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢١ (فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه) - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ (فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه) - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٥ ص ١١٧ .

حق المرور المتنازع فيه لا يستطيع أن يطمئن له الجار إذ قد يتضح أنه لا يملك هذا الحق فيبقى مركزه مزعزجاً معلقاً على نتيجة البت في النزاع . وبأن حق المرور المحمول على التسامح مكرومة قد يرجع فيها المالك المتسامح وقد لا يريد الجار حمل هذه المكرومة في عنقه مدة طويلة . فيجب إذن عدم الاعتداد بحق المرور المتنازع فيه أو المحمول على التسامح . والقول بأن الأرض تعتبر محبوسة عن الطريق العام بالرغم من قيام هذا النوع من حق المرور^(١) . وفيما يتعلق بحق المرور المتنازع فيه : ينبغي ألا ترفض دعوى الجار المطالب بحق المرور القانوني . ولكنها توقف ويتوقف مصيرها على البت في النزاع . فيكلف الجار برفع الأمر إلى القضاء في شأن حق المرور المتنازع فيه . فإن كسب الدعوى خسر دعوى المطالبة بحق المرور القانوني . ويكسب هذه الدعوى الأخيرة إن خسر الدعوى الأولى .

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام . حتى لو كان لها منفذ يؤدي إلى مرفأ للسفن لا يصلح إلا لهذا الغرض . فالمرء وإن كان ملكاً عاماً . إلا أنه لا يعتبر طريقاً عاماً^(٢) .

وليس من الضروري . حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ، ألا يكون لها أي منفذ يؤدي إلى هذا الطريق . بل إنها تعتبر محبوسة . حتى لو كان لها عمر ولكنه غير كاف . ويعتبر الممر غير كاف لأن يؤدي إلى الطريق العام . كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني فيما رأينا . إذا كان لا يتيسر لملك الأرض « الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة » . فإذا كانت الأرض قد شيد فوقها مصنع مثلاً . وكان الممر إلى الطريق العام لا يتسع إلا لمرور الراجلين فلا تستطيع العربات أن تمر فيه . وكان المصنع في حاجة إلى عربات لنقل منتجاته . فإن الممر يعتبر غير كاف في هذه الحالة بل يعتبر أيضاً غير كاف حتى لو أمكن للعربات المرور فيه ولكن بمشقة كبيرة .

(١) انظر في هذا المعنى بودري وشوفرفقرة ١٠٤٧ - وفيما يتعلق بحق المرور المحمول على التسامح انظر في هذا المعنى أيضاً حين كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٥ .

(٢) انظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٥ - ص ٣٦ - بودري وشوفرفقرة ١٠٤٥ ص ٧٨٢ - هينيهون وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٣ - ص ٩٠٤ .

وحتى لو أمكن توسيعه ولكن بنفقات باهظة . أما إذا كان المرر يكفى لمرور
لعربات فيه دون مشقة كبيرة أو نفقة باهظة ، فإن الأرض لا تعتبر محبوسة
من الطريق العام . حتى لو كان المرر غير مريح أو كان طويلاً أو كان يحتاج
في تعبيده إلى نفقة غير باهظة (١) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كانت الأرض لا منفذ لها إلى
الطريق العام أو لها منفذ غير كاف . ومن ثم تعتبر أرضاً محبوسة (٢) . ويلجأ في
ذلك عادة إلى أهل الخبرة . وقد يأمر بإجراء معاينة الأرض على الطبيعة .
ويستوى أن تكون الأرض المحبوسة على هذا النحو أرضاً زراعية كما هو
الغالب ، أو أرضاً مقاماً عليها بناء كصنع أو متجر أو مسكن . أو أرضاً
نضاء (٣) .

كما يستوى أن يكون من يطلب حق المرور هو المالك للأرض المحبوسة ،
أو كان له حق انتفاع عليها ، أو كان محتكراً ، أو كان ناظر وقف . ولا يجوز
لمستأجر أو للمزارع أن يطالب بحق المرور . لأن حقه حق شخصي ، وليس
له إلا أن يلجأ إلى المالك ليطالب بهذا الحق (٤) .

٤٦٧ - انقطاع الحبس عن الأرض المحبوسة : وما دامت الأرض
محبوسة عن الطريق العام على النحو الذى قدمناه ، فإن لصاحبها حق المرور في

(١) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٨ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢١٤ - منيا القمح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٩ ص ٣٠٥ - ميت غمر ٢١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٤ ص ٣٢ - البليتا ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٢ رقم ٤٥٤ ص ٣٢٧ - نقض فرنسي ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ - ١ - ٣٠٢ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٣ - ١ - ٧٥ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٢ - ٩٠٣ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٥ .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ أبريل سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ١ - ٢٩٥ - ٢٦ مايو سنة ١٩٦١ دالوز ١٩٦١ Som. ٨١ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ دالوز ١٩٦٢ Som. ٥٤ .

(٣) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٠ ص ٤١١ - استئناف

تنط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٨ .

(٤) نقض فرنسي ١٦ يونيو سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٤٢٩ - ليون ٤ أبريل

سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٣٣٥ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٧٥ - بودري وشوفو فقرة ١٠٤٩ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٥ ص ٩٠١ .

الأراضي المجاورة . ولكن الحبس قد ينفك . فيصبح للأرض منفذ إلى الطريق العام لم يكن موجودا من قبل . مثل ذلك أن يستحدث طريق عام بجوار الأرض ، أو أن يكسب مالك الأرض المحبوسة ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فيفتح هذا المنفذ للأرض المحبوسة فينفك عنها الحبس . في هذه الحالة يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون مالك الأرض التي كانت محبوسة لم يحصل بعد على حق المرور في أرض مجاورة . فتي انفك الحبس عن الأرض لم يصبح للمالك حق في المطالبة بالمرور إذ أن أرضه أصبحت غير محبوسة . وتختلف الشرط الجوهرى للمطالبة بحق المرور .

(الفرض الثانى) أن يكون مالك الأرض قد حصل على حق المرور في أرض مجاورة قبل أن ينفك الحبس عن الأرض ، وقد قام في هذا الفرض خلاف في رأى . فقد ذهب بعض إلى أن المالك ، مادام قد حصل على حق المرور في أرض مجاورة ، يستبقى هذا الحق حتى بعد انفكاك الحبس عن أرضه . ويستند أصحاب هذا الرأى إلى أنه متى حصل المالك على حق المرور في أرض مجاورة ، فقد أصبح له حق ارتفاق حقيقى على هذه الأرض في قوة حقوق الارتفاق الاتفاقية . ولا يزول هذا الحق إلا بسبب من أسباب زوال حق الارتفاق الاتفاقى . وليس منها انفكاك الحبس^(١) . وذهب بعض آخر إلى أن حق المرور الذى حصل عليه مالك الأرض المحبوسة مقيد في قيامه وفي بقاءه بأن تكون الأرض محبوسة وبأن تبقى كذلك ، فتي انفك الحبس عن الأرض . فقد فقد حق المرور السبب في بقاءه . ومن ثم يزول^(٢) :

(١) نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٠ سريه ٨١ - ١ - ٢٢٢ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٠٣

سريه ١٩٠٤ - ١ - ١٠ - ديمولومب ١٢ فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٣ - ديرانتون ٥ فقرة ٤٣٥ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٠ ص ٧٨٧ .

(٢) لوران ٨ فقرة ١١٠ وما بعدها - أوب - ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٤ - بيدان

وفوران ٤ فقرة ٥٣٥ - بلانيول ، ريبير ، وبيكار ٣ فقرة ٩٣٩ - محمد كامل ، ص ١ فقرة

٣٤٣ شفيق شحاتة فقرة ٣٦٦ - محمد على عرفة فقرة ٢٣٥ ص ٢٩٧ - ص ٢٩٨ - عبد المنعم

البدرادى فقرة ٣٤٦ - إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ - حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٥ -

ص ٢٢٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٨٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٦ .

وهي ذلك يستطيع صاحب الأرض المجاورة التي يباشر فيها حق المرور أن يطلب إنهاء هذا الحق بعد أن أصبح للأرض التي كانت محبوسة ممر إلى الطريق للعام في غير أرضه . ونحن نختار هذا الرأي الأخير ، لأنه أكثر اتفاقاً مع طبيعة حق المرور القانوني . فقد قلنا أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد مرتبط بالانحباس الأرض التي يمارس صاحبها حق المرور ، فإذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه . فإذا طالب بإنهاء حق المرور ، كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التي كانت محبوسة ممر آخر يؤدي إلى الطريق للعام . وإذا رضى ببقاء حق المرور ، كان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور ينقلب عندئذ إلى حق ارتفاق اتفاقاً تسري عليه قواعد هذا الحق . ونص التقنين المدني المصري صريح في اشتراط بقاء الانحباس عن الطريق لبقاء حق المرور ، إذ تتكلم الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني كما رأينا ، في معرض الحصول على حق المرور ، عن أرض محبوسة عن الطريق العام « مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام » . ففي القانون المصري إذن ، على خلاف القانون الفرنسي الذي انقسم فيه الرأي ، لاشك في أنه إذا انفك الانحباس عن الأرض ، جاز لصاحب الأرض المجاورة أن يطلب إنهاء حق المرور . ولكنه يرد إلى المالك التعويض الذي قد يكون تقاضاه منه في مقابل هذا الحق ، بعد أن يستزل منه جزءاً مناسباً للوقت الذي يباشر فيه المالك فعلاً حق المرور في أرضه (١) . ويؤكد ما قدمناه ما ورد في المذكرة

(١) إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٨ - ويؤول حق المرور بزوال الانحباس حتى لو بقي الانحباس خمس عشرة سنة باشر الجار في أثنائها حق المرور ، فإن استعماله لهذا الحق كان بسبب الانحباس مباشرة لقيد وارد على الملكية ، فلا يترتب عليه أن يملك الحق بالتقادم . وهو إنما يملكه بحكم القانون ويبقى يملكه بحكم القانون مهما طالت المدة ، وليس الممر هنا حق ارتفاق حتى يكسب بالتقادم (إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٤٣ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ - محمد علياء فقرة ٢٢٥ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٩ - حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٦ هامش ١) . وحتى من يرى من رجال الفقه في مصر أن حق المرور حق ارتفاق يسلم مع ذلك بأنه يزول بزوال الانحباس ، فنؤيد على صريح النص في المادة ٨١٢ مدني مصري (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٦ - عبد المنعم ابدراو فقرة ٣٤٦) . أما في فرنسا فبعض الفقهاء يذهب إلى أن حق المرور يزول بزوال الانحباس ولو بقي ثلاثين سنة -

الإيضاحية للمشروع النهي إذ تقول : « وينتهي حق المرور إذا اتصلت الأرض بالطريق العام من ناحية أخرى . فلم يعد حق المرور ضروريا . ويسترد صاحب الأرض من التعويض الذي كان قد دفعه في حق المرور القدر المناسب » (١)

٤٦٨ - ب . ممر ضروري لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه

المألوف : والممر الذي يحصل عليه صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام هو الممر اللازم « لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف » . وقد قدمنا أن الأرض المحبوسة قد تكون أرضا زراعية . فالممر اللازم هو الممر الكافي لاستغلال هذه الأرض استغلالا زراعيا على الوجه الذي يستغل فيه مثل هذه الأرض . فإن اقتضى الأمر . لاستغلال الأرض . ممرًا كافيًا لممر المواشي والدواب والعربات المحملة بالأسمدة اللازمة للأرض والعربات التي تحمل المحصول من الأرض إلى جهة التسويق . كان لصاحب هذه الأرض الزراعية الحصول على هذا الممر . وقد تكون الأرض المحبوسة أرضا مقاما عليها مصنع . وقد يقتضى المصنع أن يكون له ممر كاف إلى الطريق العام يتسع لممر العمال الذين يعملون بالمصنع . ويتسع لممر العربات التي تروح وتجيء بالمواد الخام ومنتجات المصنع . ويتسع لغير ذلك من الأغراض المختلفة للمصنع . وقد تكون الأرض المحبوسة أرضا فضاء . وهذه عادة تكون في حاجة إلى ممر محدود ، لأن حاجات الأرض الفضاء أقل من حاجات الأراضي الأخرى (٢) .

= وبالرغم من أن حق المرور هناك هو حق ارتفاق ، لأنه حق ارتفاق غير مستمر ، لا يكسب بالتقادم إلا حقوق الارتفاق المستمرة (بيدان وفوران ٤ : فقرة ٥٣٥ - أوبري ورو ٣ : فقرة ٢٤٣ هامش ٣ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ : فقرة ٨١٧) . ولكن القضاء الفرنسي ومنه بعض الفقهاء يذهب إلى عكس ذلك وإلى أن حق المرور لا يزول بزوال الانحباس مادام استعماله بقى مستمرا ثلاثين سنة (نقص فرنسي ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ٧١ - ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٣١ - ١٣ مايو سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٥٩ Somm. ١٠٦ - ٦ يونيو سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٦٠ Somm. ٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ : فقرة ٩٣٩ ص ٩١٦ - مارتق وريينو فقرة ٢٩٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٥٠ .

(٢) والندرة لحاجات الأرض المحبوسة القائمة الفعلية .

من هذه الحاجات في المستقبل . فإذا ما انتشت الحاجات فلا بأس من توسيع الممر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ - ١١٣) .

وقد تغيرت حاجات الأرض المحبوسة فتتسع ، وبعد أن كان الممر المعطى لها كافياً يصبح غير كافٍ . وعندئذ يجب توسيع الممر بما يتناسب مع الحاجات المستجدة ، بل قد يتطلب الأمر استبدال الممر القديم بكون مناسباً لما استجد من حاجات الأرض المحبوسة ، وذلك كله عبر تعريض جديد . فقد تقام أبنية على الأرض النضواء للسكنى أو لاستغلال الزراعى أو للاستغلال الصناعى . فتزيد حاجات الأرض باستحداث هذه الأبنية . بشرط ألا تكون الأبنية هى التى مبيت انحباس الأرض أو زادت فى انحباسها . وقد ينمو المصنع ويتسع ، فتتصعب حاجاته أكثر اتساعاً عما كانت عليه فى الماضى . وقد يستحدث صاحب الأرض الزراعية من وسائل الاستغلال الزراعى جديداً كما إذا أنشأ فى زراعته إحدى طرق تربية المواشى ، فيكون فى حاجة إلى ممر أكبر لما استجد من الحاجات . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن صاحب الأرض المحبوسة قد زاد من أعباء حق المرور بإرادته وحده ، ذلك أنه يجب أن يكون حراً منطلقاً فى نشاطه وفى تجديده لأنواع النشاط الذى يقوم به كما لو كانت أرضه غير محبوسة . فهذا ما تقتضيه المصلحة العامة . ولا يجوز تقييده فى ذلك ما دام فى نطاق الوجود المألوفة لاستغلال أرضه^(١) . ويجب أن يخلى بينه وبين أى نشاط يجعله يحصل من أرضه على أكبر فائدة يستطيع الحصول عليها . فمن أجل هذا أعطى القانون له حق المرور فى أرض الجار . ولا يوجد حد لنشاط صاحب الأرض المحبوسة إلا أن يكون متعمداً الإضرار بصاحب الأرض المجاورة ، أو مجاوزاً للنطاق المألوف من النشاط . فزيد من أعباء حق المرور وكان يستطيع ألا يفعل . فعند ذلك يكون مشولاً ويصح للجار منعه ، إما لأنه متعسف فى استعمال حقه ، أو لأنه قد جاوز المألوف فى مضار الجوار فألحق بجاره ضرراً فاحشاً^(٢)

(١) كذلك لو غير الجار طريقة الاستغلال فتتغير حاجته إلى كل الممر الذى أعطى له . حاز ثمانك أن يطلب تضييق الممر بحيث يتناسب مع طريقة الاستغلال الجديدة . (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٦ ص ١١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٣) .

(٢) بودرى وشووفو فقرة ١٠٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٨ ص ٩٠٥ - وحتى تمكن المطالبة بتوسيع الممر . يجب أن تقوم الحاجة إلى ذلك . ولا يمكن أن يكون التوسيع أكثر ملاءمة ويسراً . وقد استحدث صديق عام هو أقرب إلى الأرض المحبوسة . ثم يجوز لصاحب =

٤٦٩ - أين يكون موضع الممر إلى الطريق العام : موضع

الممر إلى الطريق العام يكون في الأراضي المجاورة ، وأول أرض يمر فيها مالك الأرض المحبوسة تكون بداهة أرضاً ملاصقة لأرضه . فإن كان المرور في هذه الأرض يؤدي به إلى الطريق العام ، كان هذا كافياً . وإلا فإنه يمر أيضاً في الأرض أو الأراضي التي تكون مجاورة لأول أرض يمر فيها إلى أن يصل إلى الطريق العام .

ويستوى أن تكون الأرض أو الأراضي التي يمر فيها أراضي زراعية أو أراضي بناء أو أراضي فضاء ، حدائق أو أحواش ، مسورة أو غير مسورة . فإن كانت مسورة كحديقة أو فناء ملحق بمنزل ، وجب على صاحبها أن يفتح فيها منفذاً للمرور منه ، ويجوز أن يبقيا مسورة ويفتح بها باباً يعطى مفتاحه لصاحب الأرض المحبوسة^(١) .

ومجوز أن يكون الممر في أرض موقوفة^(٢) ، ولا يعتبر إعطاء الممر هنا إخلالاً بعدم قابلية الأرض الموقوفة للتصرف ، فإن قيد حق المرور يرد على جميع الأراضي المجاورة للأرض المحبوسة حتى لو لم تكن قابلة للتصرف فيها . وفي فرنسا يجوز جعل الممر في أرض تدخل في دوة الزوجة (bien dotal) ، والدوة غير قابلة للتصرف فيها^(٣) . كما يجوز أن يكون الممر في أرض تتبع الدومين الخاص للدولة ، بل هناك رأى يذهب إلى جواز أن يتقرر حق المرور على الدومين العام ذاته إن لم يكن هذا الدومين العام هو الطريق العام الذي يريد

= هذه الأرض أن يطالب بتغيير الممر أو ينقله إلى أرض أخرى ، بدعوى أن الممر الجديد يؤدي إلى الطريق العام الجديد فيكون أقرب وأيسر (نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٨١ دالوز ٨١ - ١ - ٣٢٠ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٥) .

(١) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ - مارتى ورينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠٠ - كاربونييه ص ١٧١ - محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٣٩ - حسن كبرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٧ .
(٢) محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٨ - ويكفور فلا .

(٣) نقض فرنسي ١٧ يونيو سنة ١٨٩٣ دالوز ٦٤ - ١ - ١٨٩١ - ٩١ - ١ - ٤٧٩ - بودى وشوثر فقرة ١٠٥٢ ص ٧٨٩ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ .

صاحب الأرض المحبوسة الوصول إليه^(١) . ويعزز هذا الرأي في مصر أن حق الارتفاق الاتفاقي يجوز أن يتقرر على الدومين العام بصريح النص ، فقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ١٠١٥ مدني بأن يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال . فإذا كان يجوز أن يترتب حق الارتفاق الاتفاقي على الدومين العام ، فأولى أن يترتب قيد المرور القانوني على هذا الدومين .

وكما يجوز أن يكون موضع المرور على سطح الأرض . كذلك يجوز أن يكون تحتها . كما إذا تقرر حق المرور لمحجر أو لمنجم في باطن الأرض^(٢) . وكذلك يجوز أن يكون المرور في موضع هو أعلى من سطح الأرض ، كما إذا أقام أحد الأفراد جسراً عالياً فوق سطح الأرض ، فيتقرر لجاراه صاحب الأرض المحبوسة حق المرور فوق هذا الجسر^(٣) .

(١) انظر في هذا المعنى له ران ٨ فقرة ٩٢ - بودر وشوفو فقرة ١٠٥٢ ص ٧٨٩ - بلانيه ، ل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ - محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٨ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٣٩ - حسن كيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٧ - ٢٢٨ - وانظر عكس ذلك أوبر ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٨ - هذا وقضاء المحاكم القضائية في فرنسا يجوز تقدير حق المرور على الدومين العام بإداه تقرير هذا الحق لا يتعارض مع الغرض الذي أعد له هذا الدومين (نقض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٨٦٧ سيريه ٦٨ - ١ - ٣٠ - ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ جاريث دي داليه ١٩٣٢ - ٢ - ٣٥٧) . أما قضاء لمس الدولة الفرنسي فلا يجوز ذلك (لمس الدولة الفرنسي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ دالموز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٩ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٤ Lebon ٦٥٨ - ١٥ يولييه سنة ١٩٥٥ لمة القانون العام ١٩٥٦ - ٦٤٩ - وانظر مارتى وريينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠٠) .

(٢) بودر وشوفو فقرة ١٠٥٢ .

(٣) نقض فرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ دالموز ١٩٣٢ - ١ - ٩ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ دالموز ١٩٦٣ - ٥١٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٠ هامش ٢١ ثالثاً - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٣ ص ٩٠٩ - بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٦ - مازو فقرة ١٣٨٥ ص ١١٢١ مارتى وريينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠١ - ٣٠٢ - وقد يمارس حق المرور في باطن الأرض عن طريق إنشاء نفق أو مد أنابيب لتهاء أو الغاز . وقد يمارس في الفضاء بعد أسلاك تم عليها القاطرات (*passage d'un téléphérique*) : انظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٣٥ - محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٩ - شفيق شحاتة فقرة ٣٦٥ ص ٣٥٨ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٧٣ ص ٢٢٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩١ ص ١٢١ - ١٢٢ .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨١٢/١ مدني : « ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون فيه المرور أخف ضرراً . وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « قرر المشروع أن حق المرور يختار له عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً من المرور في العقارات المجاورة الأخرى . وفي موضع من هذا العقار يتحقق فيه هذا الاعتبار كذلك . وفي هذا تسييد عادل لحق المرور بقابل التوسع السابق » (١) . فيجب إذن . إذا تعددت العقارات المجاورة التي يجوز أن يكون فيها الممر . أن يختار من هذه العقارات العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً . وقد يكون الممر الأخف ضرراً هو الممر الأقصر . ولكن ليس محتماً أن يكون الأمر كذلك ، فقد يكون الممر الأقصر يتخلل بساتين وأشجاراً فيعدل عنه إلى ممر أطول في العقار المجاور أو في عقار مجاور آخر . ويكون من شأنه ألا يلحق بصاحب هذا العقار مثل الضرر الذي يلحق الأرض ذات الممر الأقصر . فإذا تعين العقار الذي يكون فيه الممر على هذا النحو ، وجب أيضاً أن يكون الممر في موضع من هذا العقار يكون أخف ضرراً من غيره ، سواء بالنسبة إلى صاحب هذا العقار أو بالنسبة إلى صاحب الأرض المحبوسة . ويراعى في ذلك الكيفية التي يكون عليها المرور . فقد يكون مروراً مقصوراً على الراجلين . أو شاملاً للعربات والمواشي . أو مقصوراً على أيام أو ساعات معينة . ويغلب أن يقتضى الأمر لتحديد موضع الممر بالدقة أن تعين المحكمة خبيراً أو أن تأمر بإجراء معاينة على الطبيعة . كما يغلب أن يدخل أحد طرفي الدعوى بعض الجيران الآخرين خصوماً فيها إذا كانت عقاراتهم يمكن أن يعين فيها موضع الممر . وقد يراعى في تعيين الممر جانب صاحب الأرض المحبوسة نفسه كما قدمنا . فيجوز أن يطلب هذا أن يكون الممر في موضع هو أطول من غيره لأن الموضع الأقصر مغروس بالأشجار وبالزهور فيكون أكثر كلفة عليه (٢) . كذلك قد يراعى جانب الجار الذي يتقرر حق المرور في أرضه . فيطلب هذا تغيير موضع الممر إذا تبين أن حق المرور قد زاد عليه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٥٠ .

(٢) بوردو-رشفوفيلققرة ١٠٥٣ ص ٧٩١ .

في الموضع المقرر لسبب أو لآخر . فينقل المر إلى موضع آخر يكون أخف حياءً (١) .

فإذا ما استقر موضع المر . لم يكن لصاحب الأرض المحبوسة إلا حق المرور فيه ليصل إلى الطريق العام . ولا يعتبر المر مملوكا نه . بل يبقى مملوكا لصاحبه (٢) . فليس لصاحب الأرض المحبوسة أن يستعمله إلا في المرور بالكيفية التي تقررت . فيمر هو وحده أو هو وآخرون ، وقد تمر فيه المواشي والدواب والعربات ، وقد لا يستعمل الحق إلا في أيام أو ساعات معينة ، كل هذا وفقا لاحتياجات الأرض المحبوسة وبحسب ما يتقرر تبعا لذلك (٣) .

٤٧٠ - الحبس عن الطريق العام ناشئ عن تجزئة العقار بناء على

تصرف قانوني : وهناك حالة خاصة نص فيها القانون على أن يكون المر في موضع معين دون غيره . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ مدني كما رأينا على ما يأتي : « على أنه إذا كان احبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني . وكان من المستطاع إيجاد مر كاف في أجزاء هذا العقار . فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « وهذا حكم معقول . فإن العقار الذى يكون متصلا اتصالا كافيا بالطريق العام . ثم يجزئه مالكه بتصرف يرضاه ويكون من شأنه أن يحبس جزءا منه عن الطريق العام . فحق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى . كما كان الأمر قبل تجزئة العقار . وفي هذه القاعدة توسع في مبدأ تخصيص المالك الأصلي الذى - بأن ذكره فيما بلى . وقد جاء التوسع من أنه لا يشترط في الحالة التي نحن بصددنا أن يكون المالك الأصلي قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور لمصلحة جزء على الأجزاء الأخرى . على أنه لو وضع هذه العلامات الظاهرة لتقرر حق المرور بتخصيص المالك الأصلي حتى

(١) ديبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٢ ص ٩٠٨ .

(٢) ديبول ١٢ فقرة ٩٣٦ و - بعدها - لوران ٨ فقرة ٧٣ - بدري وشوفير

فقرة ١٠٤٤ ص ٧٨٠ .

(٣) بودري وشوفير فقرة ١٠٦٠ ص ٧٩٨ .

لو كان الجزء المرتفق لا تحبسه التجزئة عن الطريق العام . بل كان له ممر كافٍ من ناحية أخرى ، (١) .

والنص يفرض أن هناك أرضاً لها منفذ إلى الطريق العام ، ثم تصرف صاحب الأرض فيها تصرفاً قانونياً أدى إلى جعل جزء منها محبوساً عن هذا الطريق . مثل ذلك أن يبيع جزءاً من الأرض لشخص آخر ، فبوذى البيع إلى أحد أمرين : إما أن المشتري يشتري الجزء غير المجاور للطريق العام فيكون هذا الجزء محبوساً ، أو يشتري الجزء المجاور للطريق العام فيصير الجزء الآخر الذى استبقاه البائع محبوساً (٢) . وكالبيع المفاضلة والهبة ، فيكون هناك مفاضل أو موهوب له بدلاً من المشتري . ويصح أن تكون الأرض شائعة بين اثنين فيقتسمانها وبذلك تفرز حصة كل منهما ، وقد تصبح إحدى الحصتين بعد إفرازها لا منفذ لها إلى الطريق العام . هذه صور عملية للحبس الذى ينشأ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني ، ومنها نرى أن جزءاً من هذا العقار قد أصبح محبوساً عن الطريق العام بحكم هذه التجزئة ، فإذا طالب صاحب هذا الجزء بحق المرور فأين يكون موضع المسر الذى يطلبه ؟ ليرطبنا القواعد العامة في هذه الحالة ، لوقع المسر في أى عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً . ولكن القانون هنا عدل عن هذه القاعدة ، وأوجب أن يكون المسر في الجزء الآخر من العقار الخبزاً ولو لم يكن المرور فيه هو أخف ضرراً . ففي حالة بيع جزء من العقار ، إذا كان المشتري هو المحبوس كان له حق المرور في الجزء الذى استبقاه البائع ، وإذا كان البائع هو المحبوس كان له حق المرور في الجزء الذى باعه للمشتري . وفي حالة القسمة ، يكون للمتقاسم الذى انحبس بعد إفراز حصته حق المرور في الحصة المفروزة التى وقعت في نصيب المتقاسم الآخر .

ويبرر هذا الحكم أن العقار كان في مبدأ الأمر غير محبوس عن الطريق العام ، وقد أصبح جزء منه محبوساً بفعل صاحب العقار ، فيكون من العدل أن حق المرور يتقرر للجزء المحبوس على الجزء الآخر . ولو تقرر المرور في عقار غير هذا الجزء الآخر ، لامتناع المالك أن يفرض بفعله حق مرور على أرض

(١) موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ - ص ٥١ .

(٢) وكذلك لو باع المالك الأصل جزءاً من الأرض إلى مشتر ، وجزءاً آخر أصبح محبوساً بالبيع الأول إلى مشتر آخر (دبرلومب ١٢ ققرة ٦٠٢ - أوبرى ورد ٣ ققرة ٢٤٣ ص ٤٠) .

الجوار لأن الحبس نشأ عن تصرف صدر منه هو ، وقد قدمنا (١) . أنه لا يعتد بانحباس الأرض إذا كان المالك هو الذى حبسها عن الطريق العام بفعله (٢) . ويمكن تأصيل الحكم أيضاً بتقريبه من قاعدة تخصيص المالك الأصلي في حرق الارتفاق الانتفاقية . تمت تحت المادة ١١٠٧ منقح في هذا الصدد :

١ - يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بته حبس من المالك الأصلي .

٢ - ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأى طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما ، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك . فتوسعنا هنا في قاعدة تخصيص المالك الأصلي ، ولم نستوجب أن تكون هناك علامات ظاهرة . استغناء عنها بأن العقار كان في مبدأ الأمر عقاراً واحداً ثم تجزأ . فكأن المالك الأصلي ، وهو يجزئ العقار تجزئة اختيارية ، انحبس جزءاً منه عن الطريق العام ،خصص الجزء الآخر للممر الذى يجب أن يكون للجزء المحبوس . وشرط ذلك كما رأينا أن يكون هناك جزء قد حبس عن الطريق العام بفعل التجزئة . ولو أن المالك الأصلي قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور على جزء من العقار قبل التجزئة ، لمصاحبة الجزء الآخر ، لأصبحت قاعدة تخصيص المالك الأصلي ذاتها هي المنطبقة . ولترتب على ذلك أنه عند تجزئة العقار يصبح الجزء منه حق مرور اتفاق . لاحق مرور قانوني . على الجزء الآخر . وفي هذه الحالة ليس من الضروري . كما هو ضروري في حالة المرور القانوني ، أن يكون الجزء صاحب الارتفاق محبوساً عن الطريق العام ، لأن هذا الجزء إنما كسب حق

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

(٢) ويخلص من ذلك أنه لو كانت تجزئة العقار بسبب نزع ملكية الجزء الذى يتصل بالطريق العام ، فليس لمصاحب الجزء المحبوس عن الطريق العام أن يجعل حق المرور من هذا الجزء المزروع ملكيته . وكذلك الحكم لو باع المالك الجزء الذى يتصل بالطريق العام ففطر أخشى عليه من نزع الملكية (هـ) لانهول ورييرو بيكار ٢ فقرة ٩٣٤ ص ٩١٠ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٦ ص ٢٠١ - عبد الحميد البدراوي فقرة ٢٤٢ ص ٢٨٦)

مرور بتخصيص المالك الأصلي وهذا سبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق الإضافية . ولا يشترط فيه أن يكون المسار المرتفق محبوسا عن الطريق العام . وهناك وجه آخر لتبرير الحكم الذي نحن بصده . وإن كان لا ينطبق في جميع العصور . ففي الحالة التي يبيع فيها المالك الأصلي جزءاً من العقار فيسحق منها الجزء محبوسا عن الطريق العام ، يمكن التوهم بأن البائع . كما يضمن للمشتري استحقاق الجزء المبيع ، يضمن له كذلك حق مرور للجزء المبيع على الجزء الذي استبقاه ، إذ يكون انحباس الجزء المبيع بمثابة استحقاق جزئي ، أو قل إن حق المرور هنا يعتبر من توابع المبيع الضرورية . كذلك عندما يتقاسم الشريكان العقار الشائع ، فإن صاحب الحصة المفروزة التي لها منفذ إلى الطريق العام يكون ضامناً لصاحب الحصة المحبوسة عن الطريق العام حق مرور على حصته . ولكن إذا باع المالك الأصلي جزءاً من العقار هو الذي له منفذ إلى الطريق العام ، وبقي في الجزء الآخر المحبوس ، فإنه لا يمكن في هذه الصورة تبرير الحكم بحق الضمان . إذ الضمان التزام في ذمة للبائع للمشتري . أما هنا فالمرور واجب على المشتري للبائع^(١) . ومن ثم وجب الرجوع إلى التبرير

(١) ولذلك ذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى « أن التصرف الذي نشأت عنه تجزئة العقار الأصل على وجه نتج عنه أن أصبح أحد الأجزاء غير متصل بالطريق العام يعتبر متفصلاً لالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور ، ولو لم يرد في التصرف نص صريح في هذا الصدد . ذلك أن المقدم لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً لقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (م ١٤٨ / ٢ مدني) » (إسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١٢٤ - وانظر أيضاً عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٤ ص ١٢٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٨٤ - ص ٨٥) .

ويرد على هذا الرأي أنه إذا صح فيما إذا باع المالك الأصل لاجنبي الجزء المحبوس مع مستلزماته من حق ارتفاق بالمرور ، فكيف نطلل الأمر فيما إذا باع الجزء النافذ إلى الطريق العام واستبقى الجزء المحبوس . أنقول إنه اشترط على المشتري حق المرور ولو لم يشترطه فعلاً . لا صراحة ولا ضمناً ! (انظر حين كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٤ هامش ١) .

هذا وتأميل الحكم في فرنسا بالرجوع إلى التصرف الذي جزأ العقار إنما كان قبل أن يصدر قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ ، وكان القضاء يسير على هذا الحكم دون نص ، مما اضطره إلى الالتجاء للقواعد العامة وتلجس الأساس في التصرف الذي جزأ العقار . وبعد أن صدر قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ بنى القضاء والفقه في فرنسا على حالها ، واعتبرا أن هذا القانون إنما هو تسجيل لما كانا يسيران عليه في الماضي . أما في التقنين المدني المصري ، فالنص الصريح هو الذي تضمن الحكم مباشرة ، وحده استثناء من اختيار موضع المرور في العقارات المجاورة ، وبناءً على

الأصلي في إعطاء حق المرور للبائع على الجزء الذي أخذه المشتري ، والقول بأن هذا هو الذي يقتضيه العدل على الوجه الذي قدمناه .

وهناك فرق بين ما إذا كان حق المرور يرجع إلى فكرة الضمان ، لو يرجع إلى فكرة العدالة . ففي حالة ما إذا كان يرجع إلى الضمان ، يكون للمشتري حق المرور في الجزء الذي استبده البيع وذلك دون أن يلغى مبدأ ذلك . فإن الضمان يتضمن هذا المقابل . كذلك إذا كان الجزء المحبوس الذي أخذه المشتري قد انفك حبه عن طريق آخر فأصبح له منفذ إلى الطريق العام ، لم يزل بذلك حقه في المرور في أرض البائع ، لأن هذا الحق قد كسبه عن طريق الضمان^(١) . وتختلف الأحكام فيما إذا كان حق المرور يقوم على فكرة للعدالة . فليس هناك ضمان في هذه الحالة ، ويجب على من حصل على حق المرور أن يلغى مقابلاً له ، وإذا انفك الحبس عن الجزء المحبوس زال حق المرور . وهذه هي الأحكام التي نرتضيها . لأننا نبنى حق المرور على فكرة العدالة^(٢) .

وغني عن البيان أن العقار الذي جرى ، إنما يثبت لجزء منه حق المرور على الجزء الآخر على الوجه الذي بسطناه إذا كان هذا مستطاعاً . فإن لم يكن مستطاعاً ، بأن كان العقار كله من مبدأ الأمر محبوساً عن الطريق العام ، فأى جزء منه يصبح هو أيضاً محبوساً عن الطريق العام ، ومن ثم لا يستطيع أن

فكرة للعدالة، ثم جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد أنه قد سمع في مبدأ تخصيص ذلك الأصل . قرب مما قدمناه . حد على عرفة فقرة ٢٣٦ ص ٣٠٠ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٤٤ . (١) شفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٥ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٤٣ ص ٣٨٧ - انظر عكس ذلك إسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١٢٧ (وقد انتم في ذلك رأي من استخلاص حق الارتفاق بالمرور من مضمون التصرف القانوني الذي يلزم المتصرف بما هو من مستلزمات التصرف وفقاً للعدالة وطبيعة الالتزام) . والعدالة وطبيعة الالتزام تقتضي القول إن الالتزام بإنشاء حق الارتفاق ، والارتفاق الذي يتقرر تنفيذاً لهذا الالتزام ، مشروط بشرط فاسخ هو زوال حالة الانحباس) . وانظر أيضاً في هذا المعنى تمكس عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٤ ص ١٢٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٨٨ .

(٢) وإذا اشترى الشخص جزءاً من الأرض انحبس بهذا الشراء عن الطريق العام ، فثبت له حق المرور على الجزء الآخر ، انتقل هذا الحق إلى المشتري من المشتري ، لا على أنه خلف خاص للمشتري في التزام بالضمان ، بل على أن الجزء الذي اشتراه من المشتري محبوس عن الطريق العام بسبب تصرف قانوني ، فثبت له حق المرور أصالة على الجزء الآخر بحكم المادة ٨١٢/٢ مدني .

يكون للجزء الآخر حق مرور فيه يؤدي إلى هذا الطريق . وعلى ذلك لا يكون هناك مناص في هذه الحالة من الرجوع إلى القواعد العامة التي سبق تقريرها ، والناس ممر يؤدي إلى الطريق العام في أحد العقارات المجاورة على النحو الذي بيناه (١) .

٤٧١ - أثر التقادم في تعيين موضع الممر : يحسن . في صدد استناد أن نميز بين صور مختلفة :

١ - إذا توافرت شروط حبس الأرض عن الطريق العام ، وأصبح للأرض المحبوسة حق المرور في الأراضي المجاورة ، فإن هذا الحق لا يتقادم بعدم الاستعمال ، مهما طال الأمد على عدم استعماله ، مادامت الأرض محبوسة (٢) ، فهو قيد يرد على الملكية ، ويبقى ما بقيت شروط هذا القيد قائمة . فيستطيع صاحب الأرض المحبوسة أن يطالب بحق المرور في أرض الجار ، ولو بعد خمس عشرة سنة من حبس الأرض ، مادام الحبس لا يزال قائما .

٢ - إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد امتنع على حق المرور القانوني فعلا في أرض مجاورة ، ولكن دون أن يراعى القواعد الخاصة بموضع الممر التي بسطناها فيما تقدم ، فمر في موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضررا مثلا ، أو اختار الطريق الأطول دون مبرر ، فإن لصاحب الأرض المجاورة أن يعترض على ذلك . ولكن إذا بقي صاحب الأرض المحبوسة يمر في الموضع الذي اختاره ، دون أن يعترض عليه الجار ، وبقي يمر في هذا الموضع مدة خمس عشرة سنة ، فإن حقه في المرور في هذا الموضع يثبت بالتقادم (٣) . ولكن التقادم هنا لا يكون تقادما مكسبا ، إذ أن صاحب الأرض المحبوسة قد عني أن يستعمل حق المرور القانوني ، لا حق مرور اتفاق . وإنما اختار موضعا له لا يتفق مع القواعد المقررة . فيكون التقادم

(١) بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٤ ص ٩١١ - محمد علي عرفة فقرة ٣٦ : - ص ٣٠١ - عبد المنعم لبيدراو فقرة ٣٤٥ .

(٢) بودري وشوفو فقرة ١٠٦١ ص ٧٩٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٠ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٥ .

(٣) بودري وشوفو فقرة ١٠٦١ ص ٧٩٩ - بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٧ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٦ ص ٩١٤ .

في هذه الدورة تنافسنا . إذ يتقدم حق البحار في الاعتراض على الموضع الذي اختاره صاحب الأرض المحبوسة . مادام قد بنى مساكنه دون أن يعترض مدة خمس عشرة سنة^(١) .

٣ - إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد انشأ ممرًا له ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني . بل في عقار آخر بقصد استعمال حق مرور ليس هو حق المرور القانوني . أو كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، ولكن صاحبها مر في أرض الجار لأن المسافة إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فإذا بنى صاحب الأرض في الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فإنه يكسب حق ارتفاع بالمرور في الأرض التي بنى بمر فيها طول هذه المدة^(٢) . وذلك بحكم التقدم المكسب ، وقد قدمنا أن

(١) وتنص المادة ٦٨٥ ماني فرنسي على أن « موضع ارتفاع المرور بسبب الانحباس وطريقته يتحددان بالاستعمال المستمرة ثلاثين سنة . ودعوى التعويض في الحالة المنصوص عليها في المادة ٦٨٢ قابلة للتقدم ، ويجوز أن يستمر المورولو أصبحت دعوى التعويض غير مقبولة » . ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن التقدم هنا تقدم مكسب ، فيكون الجار قد كسب حق المرور في هذا الموضع بالتقدم (نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٧٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٨٠ - ٧ يولييه سنة ١٩٦٠ دالوز ١٩٦١ Somm. ٣٠ - ١٧ يونيو سنة ١٩٦٤ جازيت دي پاليه ٢٦ - ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٦٤) . وينتقد الفقه في فرنسا القضاء في ذلك على أساس أن حق المرور لا يكسب بالتقدم لأنه غير مستم (كولان وكاينتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠١٦ ص ٧١٨) .

أما في مصرف حق المرور يكسب بالتقدم بصريح النص ، ولكن مع ذلك يعتبر التقدم هنا تقدما مطلقا لا تقدما مكسبا ، كما قررنا في المتن . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٥٧ ص ١٢٠ هامش ١ - حسن كبيرة فقرة ٧٢ ص ٢٣٠ هامش ١ - عبد المنعم فرج المحمد فقرة ٨٢ ص ١٢٢ - وهناك من يقول إن للتقدم تقدم مكسب لا مطلق ، ويرد فحسب على موضع المرور وطريقته (محمد علي عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٦ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٠ - ص ٤٤١) - وهناك من يميز بين ما إذا كان مالك الأرض المحبوسة قد باشر حقه في المرور في الحدود المقررة قانونا فلا محل للاعتراض ، أو جاوز الحدود فتكون بعدد حق ارتفاع بالمرور يكسب بالتقدم (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠) ولذين يرون من الفقهاء المصريين أن حق المور القانوني إنما هو حق ارتفاع ، يذهبون تبعا لذلك إلى أن التقدم تقدم مكسب (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٤ ص ٣٥٨ - عبد المنعم لبيدراو فقرة ٣٤٧) .

(٢) وله الاحتفاء بدعوى الحيابة إذا توافقت شروطها . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع الممرض للطعن في المرور بالطريق الموصل إلى أرضه ، تأسيسا -

حق المرور يجوز كسبه بالتقادم إذا كان ظاهراً (١).

٤ - إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد حصل على حقه القانوني في المرور في أرض الجار في موضع يتفق مع القواعد المقررة بحيث لا يكون للجار حق في الاعتراض . ولكن صاحب هذه الأرض لم يمارس حقه فعلاً في المرور من هذا الموضع مدة خمس عشرة . فإنه في هذه الصورة يفقد بعدم الاستعمال الحق الذي كان قد كسبه . وإذا أراد المرور بعد ذلك وكانت أرضه لا تزال محبوسة . جاز له ذلك . ولكن بموجب حق مرور جديد وفي مقابل تعويض جديد (٢).

٤٧٢ - ٥ . التعويض : وقد رأينا أن المادة ١/٨١٢ مدني تقضي بوجوب أن يدفع صاحب الأرض المحبوسة تعويضاً عادلاً للجار في نظير حق المرور في أرضه . فيقول النص : « وذلك في نظير تعويض عادل » . فإذا لم يتفق الطرفان على مقدار هذا التعويض . تولى القاضي تحديده . وبلغاً في ذلك عادة إلى خبير لتقويم الضرر الذي أصاب الجار بتثقيب أرضه بحق مرور لصاحب الأرض المحبوسة . ولا يعتد بالفائدة التي كسبتها الأرض المحبوسة من جراء حق المرور . فلو أن هذه الفائدة كانت أكبر قيمة من الضرر . فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة (٣) . ومنى تحددت قيمة الضرر . حكم القاضي

= على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمي يده على ارتفاق المرور ، ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له . فإن الحكم إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور يتكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص ٥٥١ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢١٢) . (١) وذلك ما لم يثبت أن ترك صاحب الأرض يمر في الأرض المجاورة كان مبنياً على التسامح (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ١٦٧) .

(٢) شفيق شحاته فقرة ٣٦٦ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٧ - إسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٢ ص ١٢٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٧٧ .

(٣) بودري وشوئو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٦ - بيدان وقواران ٤ فقرة ٥٤٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٠ شفيق شحاته فقرة ٣٦٣ ص ٣٥٧ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٠ ص ٢٩٢ - إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ - حسني كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ - المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٣ .

بها تعويضاً للجار . ولا يجوز الحكم بتعويض إضافي لو أن الضرر الذي أصاب أبنار قد زاد بسبب تعديلات أدخلها الجار في أرضه ، وإنما يجوز الحكم بتعويض إضافي لو أن صاحب الأرض المحبوسة هو الذي أدخل تعديلات في استغلاله لأرضه وترتبت عليها زيادة في عبء حق المرور وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك^(١) .

ولا يشترط حتماً أن يعجل دفع التعويض . وقد كان المشروع التهديدي للمادة ٨١٢ مدني يتضمن ، كما رأينا ، نصاً يقضي بأن يكون حق المرور في نظير تعويض كامل يدفع مقدماً ، ولكن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب عدلت هذا النص ، فأصبح في نظير تعويض عادل ، واستقر هذا التعديل في التقنين المدني^(٢) . وعلى ذلك لا يشترط ، عندما يرفع صاحب الأرض المحبوسة الدعوى على الجار ، أن يعرض عليه التعويض الواجب^(٣) . وليس من الضروري أن يقدر القاضي التعويض مبلغاً إجمالياً يدفعه صاحب الأرض المحبوسة للجار^(٤) ، بل يصح أن يجعل التعويض على أقساط تدفع في أوقات معينة ، كما يصح أن يجعل التعويض ابراداً مرتباً يدفع في أول كل سنة^(٥) .

ولكن يجوز للجار ، في جميع الأحوال ، أن يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق في ذمته واجب الأداء ، وذلك تطبيقاً

— ويدخل في التعويض نفقات إنشاء المر في أرض الجار (جرينوبل ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ٤١ - دالنيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٩ ص ٩٠٥) .
وإذا لم يوجد ضرر أصلاً ، فلا تعويض (استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٣) .

- (١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٨ .
- (٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٥ في الهامش .
- (٣) نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ١ - ٥٠٢ - بودري وشوفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٧ .
- (٤) ولو أن تقدير مبلغ إجمالي أدعى لعدم تجدد النزاع في شأن مقدار التعويض (استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٣) .
- (٥) استئناف مخطط ١١ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ - ٣١٧ - نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٤٦ - ١ - ٣٢٦ .

لقواعد الحق في الحبس^(١) ومع ذلك إذا مر صاحب الأرض المحبوسة فعلاً في أرض الجار قبل أن يدفع التعويض . فإنه يكون مستعملاً لحقه ، ولا يكون مسئول مسئولية جنائية لدخوله في أرض الغير دون حق^(٢) . وإنما يطالبه الجار بالتعويض المستحق . وقد يطالبه بتعويض إضافي إن مرقى موضع غير الذي جدد له ، وقد يحتمى الجار بدعوى منع التعرض^(٣) .

ودعوى المطالبة بالتعويض تتقدم بخمس عشرة سنة . شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى . فإذا حصل صاحب الأرض المحبوسة على حق المرور في أرض الجار ، سواء بالاتفاق أو بموجب حكم قضائي ، أو مارس حق المرور فعلاً دون اتفاق أو حكم ، فإن التعويض يصبح مستحقاً . فإذا سكنت الجار عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه ، فإن دعواه تسقط بالتقادم^(٤) . وإذا حكم للجار بالتعويض ، أو تراضى عليه مع الطرف الآخر ، وكان التعويض مبلغاً إجمالياً ، ولم يطالب به الجار خمس عشرة سنة منذ استحقاق المبلغ أو منذ استحقاق أى قسط منه ، فإنه يسقط هنا أيضاً

(١) إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ .

(٢) انظر م ١/٨٧ عقوبات (المرور في أرض مزرعة أو مهيأة للزراعة وكان ذلك بدون حق قانوني) وم ٣٧٣ عقوبات (دخول ملك الغير بدون إذن) .

(٣) نقض فرنسي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٠ سيرييه ٦٢ - ١ - ١٠٨ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٩ سيرييه ٨٠ - ١ - ٢٣١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ دالوز ٢٥ - ١ - ٦٨ - لوران ٨ فقرة ٩٧ - بودر وشوفوفقة ١٠٥٩ ص ٧٩٧ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤١ - بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٣٤ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٠ - شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٠ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٤١ - إسماعيل غانم فقرة ٥٦ - ص ١١٧ - ص ١١٨ - عبد المنعم الصدة فقرة ٧٩ ص ١٢٠ .

وإذا استمر صاحب الأرض المحبوسة يستعمل حق المرور مدة سنة ، فله هو أيضاً أن يحتمى بدعوى منع التعرض (پلانيول وريبير وبيكار فقرة ٩٣٠) .

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٠ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٠ - إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ - حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ - ص ٢٣٣ - عبد المنعم فج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ - كذلك إذا بقى الجار يقيم في أرض المالك مدة خمس عشرة سنة دون أن يدفع مقابلاً لذلك ، فإن موضع المرور يتثبت بالتقادم كما قدمنا ، وكذلك تسقط دعوى التعويض بالتقادم (نقض فرنسي ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ جازيت دي باليه ١٩٤١ - ١ - ١٥٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٣ وهامش ٢٦ - بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٤٢ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٣) .

بالتقدم^(١) . بل إذا كان التمريض المحكوم به أو المتفق عليه إيراداً يتجدد كل سنة ، فإن هذا الإيراد يستقط بحمس سنوات ثماني في ذلك شأن كل دين دوري متجدد^(٢)

§ ٣ - المظلات والمناور

٤٧٣ - المظلل المنور والمظلل النورف والمنور : عند إقامة بناء يقتضي الأمر نقب فتحات في حيطانه ينفذ منها الضوء والهواء إلى داخل البناء ، ويمكن منها الإطلاع للنظر إلى الخارج .

فإذا أعدت الفتحة لهذه الأغراض الثلاثة معاً - الضوء والهواء والنظر - سميت مطلا (vue) ، وذلك كالنوافذ والشبابيك والشرقات والبلكونات والخارجات بوجه عام . وإذا قصرت على الضوء والهواء دون النظر ، سميت منورا (jour, de souffrance, de tolérance) . أما في القانون الفرنسي فالمنور لا يكون إلا لنفاذ الضوء ، دون الهواء ، إذ يجب تجهيزه بشباك من حديد لا تزيد العين من عبونه على دسمته واحد، وسده بزجاج غير شفاف (verre dormant) ، فلا يمر فيه الهواء ولا يمكن منه للنظر^(٣) . ولا يشترط ذلك في القانون المصري ، فالمنور في هذا القانون يستعمل لمرور الهواء كما يستعمل لنفاذ الضوء^(٤) .

-
- (١) بودري وشوفو فقرة ١٠٦٧ ص ٨١٠ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤١ - ٤٢ - إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٣ - حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ .
- (٢) إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٣ - ١٢٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ .
- (٣) نقض فرنسي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت دي پاليه ١٩٢٥ - ١ - ٦٥٠ - هلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٤ .

- (٤) وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٨٢١ مدني كما سنرى (انظر ما يلي فقرة ٤٧٩) . بل إن هذا كان هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق ، بالرغم من أنه كان لا يشمل على نص خاص بالمناور يقابل المادة ٨٢١ مدني ، ولكن القضاء المصري كان يطبق الحكم دون نص (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٢ - أبنوب ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٢٨٤ ص ٣٩٧ - قارن مع ذلك الجريدة الجزئية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٣٨٨ ص ٧٧٨) .

ولا فرق إذن بين المطل والمنور في القانون المصري إلا من حيث إمكان الإطلال للنظر في الأول وعدم إمكان الإطلال في الثاني ، ولذلك يكون المنور فتحة في الحائط كالمطل ، ولكنها فتحة تعلو على قامة الإنسان فلا يستطيع الإطلال منها في الوضع العادي (١) .

والمطل إما أن يكون مطلاً مواجهاً (vue droite, de face) يمكن الإطلال منه على ملك الجار مباشرة دون حاجة إلى الالتفات يمينا أو شمالاً ، أو مطلاً منحرفاً (vue oblique, de côté) لا يمكن الإطلال منه على ملك الجار إلا بعد الالتفات يمينا أو شمالاً أو إلا بعد الانحناء إلى الخارج (٢) .

ولما كان المطل المواجه هو أشد الفتحات مضايقة للجار ، ويليه المطل المنحرف ، ثم المنور ، فقد جعل القانون لكل حكمه . وقيد المطل المواجه بقيد أشد من قيد المطل المنحرف ، وأطلق المنور من كل قيد .

(١) - المطل المواجه والمطل المنحرف

٤٧٤ - نص من قانونية : تنص المادة ٨١٩ مدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجة .

٢ - وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل (٣) .

(١) وقد قضى بأنه لو أمكن الإطلال على الجار من الفتحة المعتبرة منورا ، وجب اعتبارها مطلاً أيا كان ارتفاعها (ديماط الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٣٠ ص ٦٦٦) . ويوجد أيضاً ، إلى جانب المنور والمطل ، ارتفاع الرؤية (servitude de prospect) ، ويعطى الحق للمالك في الإطلال على ملك الجار وانظر إلى مدى بعيد ، بحيث لا يسمح للجار بالبناء في حدود هذا المدى حتى لا يعطل حق المالك في النظر ، وهو حق ارتفاع يكسب بما يكسب به سائر حقوق الارتفاق (بودر وشوفر فقرة ١٠٣٣ ص ٧٦٨ - ص ٧٦٩) .

(٢) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ جموعة عمر ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٧ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٠ في المشروع =

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٩ - ٤٠/٦١ - ٦٢ (١) .
 ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
 السوري م ٩٧٠ و ٩٧٢ - ٩٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢٨ - ولا مقابل
 للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل في قانون الملكية العقارية اللبناني
 م ٦٦ و ٦٨ - ٦٩ (٢) .

- النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٩ (موعة
 الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٧ - ص ٦٩) .

(١) التقنين المدني السابق م ٦١/٣٩ : لا يجوز الجار أن يكن له حل جاره مطلق على
 خط مستقيم بمسافة أقل من متر واحد .
 م ٦٢/٤٠ : تقاس تلك المسافة إما من ظهر الحائط الذي فيه المظهر المذكور ، أو من ظاهر
 الخرجة أو المشربة .

(وأحكام التقنين المدني السابق توافق أحكام التقنين المدني الجديد . وزاد التقنين المدني الجديد
 بأن حسم خلافاً كان قائماً في القضاء المصري بشأن كسب المثلل المواجه بالتقادم كما سيجيء) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٧٠ : ١ - لا يجوز لملك عقار أن يكون له مطلق مستقيم أو نوافذ
 أو شرفات أو سوى ذلك من التتوات ، على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم
 يمكن بين الحائط الذي يحدث فيه هذا المطلق أو هذه الشرفات وبين تلك الأرض مسافة مترين .
 ٢ - وإذا لم تكن هذه المسافة موجودة ، فلا يجوز فتح النوافذ أو الشبائيك إلا على علو مترين
 ونصف من أرض الغرفة المراد إضاءتها إذا كان الطابق أرضياً ، وعلى علو متر وتسمين سنتيمتراً
 من أرض الغرفة إذا كان الطابق علوياً .

م ٩٧٢ : لا يسرى المنع الوارد في المادتين ٩٧٠ و ٩٧١ على الأسطحة وعلى النوافذ المفتوحة
 على الطرقات العامة .

م ٩٧٣ : تحسب المسافة المقيمة في المادتين ٩٧٠ و ٩٧١ ابتداء من ظاهر الحائط الخارجي
 حيث تكون النوافذ ، وما سماها من التتوات فابتداء من خطها الخارجي حتى الخط الفاصل بين
 العقارين .

(وأحكام التقنين السوري توافق أحكام التقنين المصري ، فيما عدا تحديد المسافة للمطل بمترين
 بدلاً من متر واحد في التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني :

م ٦٦ (مطابقة للمادة ٩٧٠ سوري) .

م ٦٨ (مطابقة للمادة ٩٧٢ سوري) .

م ٦٩ (مطابقة للمادة ٩٧٣ سوري) .

وتنص المادة ٨٢٠ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المظل . ولكن يرتفع هذا الخطر إذا كان المظل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » (١) .
ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، فلم يكن هناك في هذا التقنين قيد مسافة بالنسبة إلى المظل المنحرف .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٧١ - ٩٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢٩ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل النص في قانون الملكية العقارية اللبناني م ٦٧ - ٦٩ (٢) .

« (وأحكام التقنين اللبناني تم افق أحكام التقنين المصري ، فيما عدا تحديد المسافة للمظل بمترين ، بدلاً من متر واحد في التقنين المصري - وانظر في القيود الخاصة بالمطالبات في لفتان اقبناى حسن كبرة في الحقوق البنية الأصلية في التاننن المدي البناني المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١١٩ - ص ١٢٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٨ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٨٩١ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية طفيفة أصبح بعدها مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٨٨٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٠ (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٩ - ص ٧٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٧١ : لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل جانبي لمونحرف على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم يكن بين الحائط المحدث فيه المظل وبين الأرض المذكورة مسافة نصف متر .

م ٩٧٢ (سبق ذكرها تجاه المادة ٨١٩ مصري) .

م ٧٩٣ (سبق ذكرها تجاه المادة ٨١٩ مصري) .

(وأحكام التقنين السوري توافقت أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني الهنلي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اقبناى :

م ٦٧ (مطابقة لقنة ٩٧١ سوري) .

ويخلص من هذه التصور أن المطل . مواجهها كان أو منحرفاً ، يتقيد فتحه بأن يكون على مسافة معينة . ومجال تطبيق قيد المسافة عام ، فيسرى على المباني في المدن والقرى . ولكن هناك مطلات ، كما سنرى ، معفاة من قيد المسافة . فإذا وجب قيد المسافة . فالمطلات المستوفية هذا الشرط ترتب عليها أحكام غير تلك التي ترتب على المطلات غير المستوفية له . فهذه مسائل أربع نبحثها فيما يلي .

٤٧٥ - قيد المسافة : هنا يجب التمييز بين المطل المواجه والمطل المنحرف على النحو الذي قدمناه .

فإذا كان المطل مواجهها ، فهو أكثر مضايقة للجار المفتوح عليه المطل كما سبق القول . لذلك تشترط المادة ١/٨١٩ مدني ، كما رأينا ، ألا يفتح على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجية . فإذا كان المطل نافذة أو شباكاً مفتوحاً في حائط من حوائط المبنى ، أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبداية ، وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية . فإن كانت المسافة ما بين خط البداية وخط النهاية متراً أو أكثر ، كان المطل المواجه مفتوحاً في حدود المسافة القانونية . وإن كانت هذه المسافة أقل من متر ، كان المطل المواجه مجاوزاً لحدود المسافة القانونية . وإذا كان المطل المواجه خارجة^(١) ، شرفة كان أو فيراند (veranda) أو تيراسا (terrasse) أو باكونا (b) أو غير ذلك^(٢) ، كانت نقطة البداية هي حافة المشربة أو الخارجية

- م ٦٨ (مطابقة للمادة ٩٧٢ سوري) .

م ٦٩ (مطابقة للمادة ٩٧٣ سور) .

(وأحكام التقنين اللبناني توافق أحكام التقنين المصري) .

(١) ويلاحظ أن الخارجية تعتبر مطلاً مواجهها ، ليس فحسب بالنسبة إلى مائه أمامها ، بل أيضاً بالنسبة إلى ما هو على يمينها وما هو على شمالها (نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٦ سيرة ١٩١١ - ١ - ٢٧٠ - بودري وشوفو فقرة ١٠٣١ ص ٧٦٤ - وقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٥) .

(٢) كأرض رفعت واستندت إلى حائط فأصبحت بمثابة تيراس (بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٩١٩ ص ٨٩٦ هامش ٢) ، أو تيراس على سطح المنزل (بودري وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٦) .

ونقطة النهاية هي دائما الخط الفاصل ما بين العقارين . ويجب أن تكون المسافة ما بين مائتين النقطة لا تقل عن متر . وإذا كان العقاران يفصل فيما بينهما حائط مشترك . فالخط الفاصل هو منتصف سمك هذا الحائط (١) . وعلى ذلك إذا كان حائط المبنى قائما على مسافة تقل عن متر من الخط الفاصل . أو كان من باب أولى قائما على الخط الناصل ذاته وهذا جائز . فإنه لا يصح في هاتين الحالتين أن تفتح في الحائط مطلات مواجهة .

أما إذا كان المطل منحرفا . فهو أقل مضايقة للجار . ولذلك تقل المسافة . فتصبح نصف متر بدلا من متر . وتقول المادة ٨٢٠ مدني . كما رأينا . في هذا الصدد : « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل » . فتقاس المسافة إذن من حرف النافذة إلى الخط الفاصل ما بين العقارين ، فإن كانت نصف متر أو أكثر كانت المسافة قانونية ، وإلا فهي غير قانونية (٢) .

وإذا كان الفاصل بين العقارين أرضا فضاء مشتركة . كطريق خاص أو فناء أو ممر للاستعمال المشترك . دخلت هذه الأرض الفضاء كلها في حساب المسافة القانونية ، سواء للمطل المواجه أو للمطل المنحرف ، فيحسب المتر أو نصف المتر من المطل إلى آخر الأرض المشتركة حيث تلاصق عقار الجار ، لا إلى نصف هذه الأرض فقط (٣) .

٤٧٦ - مجال تطبيق قيد المسافة : وما قدمناه من قيد المسافة ، في

المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة ، ينطبق على جميع العقارات المملوكة ملكية خاصة ، حتى لو كانت المالكة هي الدولة مادامت ملكيتها ملكية خاصة .

(١) ديمولب ١٢ فقرة ٥٥٧ - لوران ٨ فقرة ٥٨ - بودري وشوفو فقرة ١٠٣٦ .

(٢) وغنى عن البيان أن مافقي المتر ونصف المتر إنما تكونان حيث لا يوجد نص تشريعي آخر يعين مسافة أخرى . وتوجه هذه النصوص التشريعية المخالفة كثيراً في قوانين تنظيم المباني (انظر محمد علي عرفة فقرة ٢٥١ - حسن كبيرة فقرة ٧٦ ص ٢٣٧ هامش ١) .

(٣) نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٥٥٨ - ٢٦ فبراير

سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٩٩ - بودري وشوفو فقرة ١٠٤١ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٠ - حسن كبيرة فقرة ٧ - ص ٢٣٩ .

أما الأملاك العامة ، فلا يسرى قيد المسافة بالنسبة إليها كما سئرى (١) .
ولا يشترط أن تكون العقارات موجودة في المدن ، فالعقارات الموجودة
في القرى يسرى بالنسبة إليها هي أيضاً قيد المسافة (٢) .
ويستوى في العقار الذي يفتح فيه المظل أن يكون مسكوناً أو غير
مسكون ، وأن يكون مسوراً أو غير مسور (٣) .

٤٧٧ - المظلات المغطاة من قبل المسافة : على أن هناك مطلات
لا تخضع لقيد المسافة ، فيمكن فتحها على أية مسافة كانت من العقار المجاور ،
وأهمها ما يأتي :

أولاً - الأبواب ومدخل العقار . فهذه لا تعتبر مطلات ، إذ هي لا تعد
للإطلاع منها على الجار . بل هي موجودة أصلاً للدخول إلى العقار والخروج
منه (٤) .

(١) انظر مايل فقرة ٤٧٧ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٥ .
(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٧ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢ -
بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٥ - كولان وكايتان ودي لاموراندوير ١ فقرة ١٠١٠
ص ٨١١ - ص ٨١٢ .

ويعتبر المظل المفتوح على أرض غير مبنية غالباً مفتوحاً على سبيل التسامح (نقض مدني ١٨
مارس سنة ١٩٣٧ - حوجة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ١٣١ - ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام
النقض ٢ رقم ١٥٩ ص ١٠٣٤ - الإسكندرية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٢٩٦
ص ٥٩٢ - طنطا ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - مصر ٣٠ يونيو سنة
١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٧ ص ٢١٥) .

ولا يشترط إثبات أن المظل المفتوح على أقل من المسافة القانونية قد أحدث ضرراً للجار . وقد
قضت محكمة النقض بأن قول الشارع في المادة ٣٩ مدني (قديم) : لا يجوز للجار أن يكون له على
جاره مظل مقابل ، معناه التحريم ، والتعميم يوجب إزالة الفعل المحرم بلا نظر إلى كونه أحدث
ضرراً بالفعل أو لم يحدث ، فإنه مع التحريم يكون الضرر مفترضاً قانوناً ، فعدم تحدث المحكمة
في حكمها بالإزالة عن اعتساف الجار في طلب الإزالة لعدم إصابته بضرر من شأنه أن يستوجبها
لا يقدح في حكمها ، إذ هذا التحدث كان يكون له محل لو أن المحكمة كانت تملك النظر في قيام
الضرر أو عدم قيامه (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٨ ص ٥٢١) .

(٤) نقض فرنسي ٢٨ يونيو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ١٥٣ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٢
دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٦٦ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٧ - أوبرى ورو ٢ فقرة
١٩٦ ص ٢٩٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٧ - كولان وكايتان ودي -

ثانيا - المجلات التي لا تكشف من العقار المجاور إلا حيطانا مسدودة ما لم تنهلم هذه الحيطان ، أو لا تكشف إلا السطح ، أو التي لا يبصر للناظر منها إلا السماء . فالحكمة من قيد المسافة في هذه الحالات منعدمة ، ومن ثم يجوز فتحها على أية مسافة كانت ، بل يجوز فتحها في الحائط المقام على الخط الفاصل ما بين العقارين (١) .

ثالثا - المجلات المواجهة للطريق العام ، ولو كانت مجلات منحرفة بالنسبة إلى العقار المجاور . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٨٢٠ مدني ، كإلزامنا ، صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول : « ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المثل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مثل مواجه للطريق العام » . وقد ورد هذا النص في شأن المثل المنحرف الذي يكشف عقارا مملوكا ملكية خاصة ، ولا حاجة لمثل هذا النص في شأن المثل المواجه للطريق العام إذا لم يكن مثلا منحرفا كاشفا لعقار مملوك ملكية خاصة . ذلك أن الطريق العام إنما تسرى عليه القواعد والنظم التي تضعها السلطة العامة ، فليس في حاجة إلى قيد المسافة . وهذا ما استقر عليه القضاء والفقه في فرنسا ، دون أن يوجد في في التفتين المدني الفرنسي نص صريح في هذا المعنى (٢) .

- لاموراندير فقرة ١٠١٠ ص ٨١٢ انظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٦٦ ص ٤٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩٩ ص ١٤٥ - دباط الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٣٣٠ ص ٦٦٦ .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٨ - ص ٨٩٩ - مارتى وريينو فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٣ - إسمايل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠١ - انظر عكس ذلك عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩٩ ص ١٤٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٩٢ هامش ١ - وإذا أهدم الحائط الذي يكشفه المثل ، فأصبح المثل يكشف أجزاء العقار الداخلية ، جاز لصاحب هذا العقار أن يطلب من المثل حتى لو بقي المثل مفتوحا على الحائط مدة خمس عشرة سنة . ذلك لأن بقاء المثل مفتوحا على الحائط هذه المدة لا يكسب صاحبه حق ارتفاق بالتقادم ، إذ ليس في هذا العمل اعتداء يكسب قيامه حقا بالتقادم (بودري وشوفو فقرة ١٠٣٨) .

(٢) نقض فرنسي أول يولي سنة ١٨٦١ دالوز ٦٢ - ١ - ١٣٨ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٨٥ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٥٥٨ - ٩ يناير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ١٤٩ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٧ - ٢٩٨ - بودري وشوفو فقرة ١٠٤٠ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٨ .

٤٧٨ - الطلوت المستوفية لقيد المسافة والطلوت غير المستوفية لها

التفسير : فإذا وجب قيد المسافة . وكان المظل مستوفيا له ، فإنه بعد استعلاا
لرخصة في حدودها القانونية^(١) . ولا يعتبر الخط . مواجهاً كان أو منحرفاً ،
في هذه الحالة ، حتى ارتفاع على العقار المجاور ، بل هو كما قدمنا قيد من قبود
الملكية لمصلحة العقار المجاور^(٢) . فإذا أراد صاحب هذا العقار الأخير هو
أيضاً البناء في ملكه ، كان بالخيار بين أن يبني في حدود ملكه فيقيم حائطا على
الخط الفاصل بين العقارين ولكنه في هذه الحالة لا يستطيع أن يفتح فيه مطلا
لأنه لا يكون في حدود المسافة القانونية ، أو أن يتعد عن الخط الفاصل بمسافة
متر إذا أراد فتح مظل مواجه أو بمسافة نصف متر إذا أراد فتح مظل
منحرف^(٣) .

أما إذا كان المظل غير مستوف لقيد المسافة . بأن كان مفتوحا على مسافة
أقل من متر إذا كان مواجهاً ، أو على مسافة أقل من نصف متر إذا كان مطلا
منحرفاً ، كان لصاحب العقار المجاور أن يطلب مده^(٤) . وإذا فرضنا أن

(١) نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجده عة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما قصده الشارع من المادة ٣٩ من القانون المدني
(القديم) إنما هو تنفيذ حية صاحب الأرض المدة لبناء في أن يقيم البناء على نهايتها إذا كان يريد
فتح مطات له على ملك جاره . وهو لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادما للعقار الذي فتح
فيه المظل على المسافة القانونية من يوم فتحه ، بحيث يكون محملا بحق ارتفاع سلبى لا يمكن معه
لصاحب هذا العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه ، أو أن يسوره ويتصرف في سوره بالهدم والبناء
مرة بعد مرة وفي كل آن . وذلك لأن هذا الارتفاع السلبى ليس مما يكتب بمضى المدة ، وإنما هو
لا يكون إلا بالاتفاق عليه . فالمظل لا يعتبر ارتفاعا للعقار المظل على العقار المظل عليه . كان مفتوحا
على المسافة القانونية (نقض في ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجده عة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ وقد
سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) - وانظر حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٣٨ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٩ - بلانيرول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٢ .

(٤) نقض مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول
ص ١٦٦ - وقد قضى بأنه يجوز ، بدلا من سد المظل سدا كاملا ، أن يكتفى بتحويله إلى منور ،
وذلك بعد الجزء الأسفل منه بحيث تصير قاعدته أعلى من قامة الإنسان العادية ، إذا كان ذلك ممكنا
(استئناف مصر ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الهامة ٦ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٤ - شفيق شحاتة فقرة ٣٩٦
ص ٣٧٧ - إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠٠) .

المطل كان مواجهاً وكان مفتوحاً في حائط قائم على الخط الفاصل بين العقارين ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا في عقاره على نفس الخط الفاصل فيسد بذلك المطل المفتوح عليه ، بشرط ألا يفتح هو بدوره مطلا في الحائط الذي أقامه لأن هذا المطل لا يكون مستوفيا هو أيضاً لتبيد المسافة .

وإذا بقي المطل غير المستوفى لقيد المسافة مفتوحاً مدة سنة^(١) ، واستوفى شروط دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة بأن كانت الحيابة صحيحة خالية من العيوب وليست على سبيل التسامح ، فإن صاحب المطل يستطيع أن يمنع الجار من التعرض له في المطل وذلك بدعوى منع التعرض^(٢) ، أو من إقامة حائط على حدود ملكه بسد المطل وذلك بدعوى وقف الأعمال الجديدة . وعلى الجار أن يرفع على صاحب المطل دعوى إنكار حق الارتفاق (action négatoire) ، فيكون على صاحب المطل ، وقد رفعت عليه الدعوى الموضوعية ، أن يثبت أنه كسب حق ارتفاق المطل بسبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق ومنها التقادم^(٣) .

فإذا ظل المطل المفتوح على أقل من المسافة القانونية على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيابة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح ، وكان المطل غير معفى من قيد المسافة على النحو الذي بيناه فيما تقدم^(٤) ، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ، ويكون له الحق في استبقاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو^(٥) . وليس

(١) أما إذا بقي المطل مفتوحاً أقل من سنة ، فللجار أن يرفع دعوى منع التعرض ، لأن المالك بفتح المطل في غير الحدود القانونية يكون قد تعرض له في حياته (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧٣ - محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٣ - ص ٣٣٤ - مصر الكلية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المأماة ٩ رقم ١٥٥ ص ٢٥٤ - وقارن طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المأماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩) .

(٢) نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١٤٠ - محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٣ .

(٣) استئناف نسط ١٤ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٣٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧٤ - فقرة ٣٧٥ - محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٤ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٧٧ .

(٥) نفس فرنسي ٢ فبراير سنة ١٩٦٣ دالوز ١-٦٥ - ١٤٥ - ١٩ أكتوبر سنة ١٩٨٦ .

لصاحب "مقار المجاور أن يعترض ، حتى لو كان المظل مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل بين العتارين ، بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر أو بمسافة نصف متر بحسب الأحوال ، وذلك حتى لا يسد المظل المكسوب بالتقادم كلياً أو جزئياً (١) . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٨١٩ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول : « وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مظل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المظل » (٢) . وكان هناك شك في أن من كسب بالتقادم حق ارتفاع المظل يكون من حقه إلزام الجار بترك المسافة القانونية ، لا على طول فتحة المظل فقط ،

= دالوز ٨٧-١-١١٦-١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-١-٨٨-٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥-١٤٠-٢ مارس سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨-١-٨١٣-٨ أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٣٢٢ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٣ . (١) نفص فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١-١-٦٩-٢٩ يولييه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩١٠-١-٧٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٦ هامش ٣٦ - بودري وشوفو فقرة ١٠٣٥ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٣ ص ٩٠٠ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدي في هذا الصدد : « .. ثم حم (المشروع) خاتماً قائماً في القضاء المصري بشأن كسب المظل المواجه بالتقادم . فهناك أحكام تقضي بأنه إذا كسب المظل بالتقادم ، فلا يحق للجار أن يبني على مسافة أقل من متر على طول البناء الذي فتح فيه المظل . وهناك أحكام أخرى تعطي الجار الحق في أن يبني على حدود ملكه ، ولوسد المظل المفتوح . وقد أخذ المشروع بالرأي الأول ، لأنه هو الذي يجعل لكسب المظل بالتقادم قيمة جديدة ويجب أن يؤخذ بهذا الحل أيضاً في المظل المنحرف ، إذا كسب بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٨) .

أما الأحكام التي تشير إليها المذكرة الإيضاحية فيها ما يطابق النص : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٠١ - الإسكندرية الوطنية ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٩ ص ٢٧٩ - المنصورة الجزئية الوطنية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ الهامة ٦ رقم ٤٤٧ ص ٧٣٦ - استئناف نخلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤ - ٧ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٠٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥٨ - ومنها ما يتخلف : استئناف وطني ١٨ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٢ ص ٢١٩ - ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٣٨ ص ٦٩ - مصر الوطنية ٨ أبريل سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ١٤٦ - ٤ أكتوبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١١١ ص ٢٢٧ .

بل على طول البناء كله الذى فتح فيه المظل^(١) . وقد جاء التقنين المدني المصرى الجديد حاميا في هذه المسألة بنص صريح ، إذ يقول كما رأينا : « وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المظل^(٢) » .

وإذا التزم الجار ترك المسافة القانونية من حد المظل وأقام بناء ، فليس لصاحب المظل أن يطالب بهدم البناء ، لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاع بالمظل وقد سلم له مطلقه بمسافته القانونية ، دون أن يكسب حق ارتفاع بعدم البناء أو بعدم التعلبة (non aedificande, de altius non tollendi)^(٣) .

فإذا أقام الجار حائطا في ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فإنه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلا بشرط أن يراعى هو أيضاً المسافة القانونية . فإذا كان المظل الأول مفتوحا في حائط مقام على الخط الفاصل ، كان للجار أن يقيم حائطا يبعد عن المظل أى عن الخط الفاصل بمسافة متر ، وله في هذه الحالة أن يفتح مطلا في حائطه لأن هذا المظل يكون في هذه الحالة مفتوحا في حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر^(٤) . وهناك رأى يذهب إلى أن الجار ليس له في هذه الحالة أن يفتح في حائطه مطلا ، وإذا أراد ذلك فعليه أن يبتعد بحائطه متراً آخر فيكون على مسافة مترين من الخط الفاصل^(٥) .

ويكسب صاحب المظل بالتقادم حق ارتفاع بالمظل في نطاق الحيابة التى كانت أساساً للتقادم . فمن كسب بالتقادم حق المظل من نافذة واحدة ،

(١) الإسكدرية الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٩ ص ٢٧٩ - موليليه ١٥ نوفمبر سنة ١٨٤٧ دالوز ٤٨ - ٢ - ٦٥ .

(٢) محمد كامل ، س ١ فقرة ٣٨٠ ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢١ - ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ - ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ - الإسكندرية الجزئية المختلطة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٨٢ ص ١١١ - تصرف نسي ٣١ يوليه سنة ١٨٥٥ مبريه ٥٦ - ١ - ٣٩٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٢١ - ساريت دى باله ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٥٤ ص ١٢٢ .

(٤) انظر إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠٢ مامتر ٢ .

(٥) محمد على عرفة فقرة ٢٥٨ ص ٣٣٠ - حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٤١ - عبد المنعم

فرج الصدة فقرة ١٠٠ ص ١٤٩ - منصور مصطفى - منصور فقرة ٣٧ ص ٩٣ .

لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى^(١). ومن كسب بالتقادم مطلقا في الطابق العلوى لا يحق له أن يفتح مطلقا في طابق أعلى أو في طابق أسفل^(٢). ولكن من كسب بالتقادم حق ارتفاق بالخط ، إذا كان لا يفتح نافذة يفتحها إليه مطلقا آخر ، فإنه يستطيع أن يزيد في سعة المطل الذى كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات^(٣).

وإذا تهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المطل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة^(٤). ويجوز لإثبات مدى المطل الذى كسب بالتقادم عن طريق البيئة ، لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية^(٥). ولكن إذا بقي الحائط منهدما مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المطل لا يرجع من جديد ، لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال لمدة خمس عشرة سنة^(٦).

ب - المنور

٤٧٩ - نص قانونى : تنص المادة ٨٢١ مدنى على ما يأتى :

« لا تشترط أية مسافة لفتح المنار ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة

(١) مصر الكلية الوطنية أول مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٣١ ص ٧٠٠ - استئناف تطل ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٤٠ ص ٧٩ - نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٨٨ - لوران ٨ فقرة ٦٣ - بودر وشوفو فقرة ١٠٣٥ ص ٧٧٢ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ .

(٢) مصر الكلية استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٨ ص ٥٠ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ ص ٤٩٣ .

(٣) بودر وشوفو فقرة ١٠٣٥ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ ص ٤٩٣ - عكس ذلك لوران ٨ فقرة ٦٣ .

(٤) استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٦٩ ص ١٢٤ - استئناف مخطط ١٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ٩ ص ١٢٣ .

(٥) نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٨٨ - دمولب ١٢ فقرة ٥٨٢ - لوران ٨ فقرة ٤ - بودر وشوفو فقرة ١٩٣٥ ص ٧٧٢ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٢ .

(٦) أجا ٢٢ أبريل سنة ١٨٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥١٦ ص ٦٣٠ - محمد كامل مرسى ٢١ فقرة ٣٨٢ ص ٤٩٤ .

الإنسان المعتادة ، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن مكوت هذا التقنين عن تعيين مسافة للمناور معناه أنه لم تكن تشترط فيه أية مسافة لها (٢) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٣٠ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل النص في قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٦٦ (٣) . ويخلص من هذا النص أن المناور لا يشترط في فتحه أية مسافة كما تشترط مسافات معينة بالنسبة إلى فتح المظل سبق بيانها . وكل ما يشترط في المناور هو أن يكون على ارتفاع معين وألا يستعمل إلا لنفاذ النور ومرور الهواء ، فلا يجوز الإطلال منه على العقار المجاور . وللمناور الذي استوفى هذه الشرائط حكم في القانون ، يختلف عن حكم المناور الذي لم يستوفها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧١ - ص ٧٢) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وقد سكت التقنين الحالي (السابق) عن ذكر المناور ، ولكن الحكم فيه هو ما تقدم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٩٧٠ : وإذا لم تكن هذه المسافة (مسافة مترين بالنسبة إلى المظل) موجودة ، فلا يجوز فتح النوافذ أو الشبابيك إلا على علو مترين ونصف من أرض الغرفة المراد إضاءتها إذا كان الطابق أرضيا ، وعلى علو متر وتسعين سنتيمترا من أرضية الغرفة إذا كان الطابق علويا . (وعلو المناور من أرضية الغرفة في التقنين السوري هو كما نرى ٢ ١/٢ متر في الطابق الأرضي و ١,٩٠ متر في الطابق العلوي . نرى أنها في التقنين المصري علو يزيد على قامة الإنسان في جميع الأحوال .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٦٦ (مطابقة لمادة ٢/٩٧٠ سوري ، والخلاف بين

تقنين المصري والتقنين اللبناني عن نفس الخلاف بين التقنين المصري والتقنين السوري) .

٤٨٠ - القيد في المناور هو في مرور قناع نوري المسافة : قدمنا أن

القانون الفرنسي يميز تمييزاً واضحاً بين المناور والمطلات ، فالمنور لا يكون إلا لنفاذ النور ، ولا يجوز مرور الهواء منه ولا الإطلال منه على العقار المجاور . ولذلك يجب ، إلى جانب أن يكون على ارتفاع معين (٢,٦ متراً في التطبيق الأرضي و ١,٩ متراً في الطبقات العلوية) ، تجهيزه بشباك من الحديد لا تزيد أي عين من عيونه على ديسمتر واحد وسده بزجاج غير شفاف . أما المنور في القانون المصري فلا يختلف عن المطال إلا من حيث الارتفاع ، ومن حيث الغرض المقصود منه إذ المقصود من المنور نفاذ النور و مرور الهواء في وقت واحد ، ولذلك ليس من الضروري أن يجهز بشباك من الحديد ولا أن يسد بزجاج غير شفاف ، ولا يجوز الإطلال من المنور (١) .

ولا يقيد القانون المصري ، كما لا يقيد القانون الفرنسي ، المناور بمسافات معينة ، كما قيد كل من القانونين المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة . فيجوز إذن فتح المناور في الحيطان على أية مسافة ، بل يجوز أن يقيم المالك حائطا على الخط الفاصل ما بين عقاره والعقار المجاور ويفتح فيه ما يشاء من المناور . والقيد الوحيد للمنور ، في القانون المصري ، هو أن يكون ارتفاعه فوق قمة الإنسان المعتادة ، حتى لا يستطيع الإطلال منه . فيمكن أن يكون على ارتفاع مترين مثلاً ، أو على ارتفاع ١,٩ متراً كما هو الأمر في القانون الفرنسي ، ولكن لا يجوز أن يكون على ارتفاع ١,٧٥ متراً فقط إذ أن قمة الإنسان المعتادة تصل إلى هذا الطول (٢) .

ونرى من ذلك أن الفتحة في الحائط ، في القانون المصري ، إذا لم تكن مرتفعة فهي مطل معد لنفاذ النور ولمرور الهواء وللإطلال منه ، فيجب إذن

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧٣ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان ارتفاع الفتحة عن سطح الغرفة بمقدار يعلو عن قمة الرجل العادي بحيث لا يتسنى الإطلال منها على الجار ، فإنها تعتبر بمثابة منور لا مطل (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٢) - وإذا فتح منور في بئر السلم ، قيس الارتفاع من أقرب درجات السلم إلى المنور (بودرى وشوفو فقرة ١٠٢٩ ص ٧٦٢ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٣) .

أن تراعى فيه المسافات القانونية التى تقدم بينها . وإذا كانت الفتحة مرتفعة بحيث تعلو على قامة الإنسان المعتادة ، فهى منور معد لنفاذ النور ولمرور الهواء دون الإطلال منه ، فلا تراعى فيه مسافة ما ولو فتح فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين ، ولكن يراعى فيه هذا القدر من الارتفع .

٤٨١ - حكم المناور المستوفية لشرط الارتفاع : فتنى استوفى المنور

شروطه ، بأن كان على هذا الارتفاع المعين وبأن كان معدا للنور والهواء دون الإطلال ، كان لصاحبه أن يستبقه ، ولا يجوز لصاحب العقار المجاور أن يعترض عليه أو أن يطلب سده (١) .

ولكن صاحب المنور لا يكسب حقاً قبل صاحب العقار المجاور ، فهو بفتحه المنور إنما أتى رخصة من المباحات . ولذلك يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا فى ملكه على الخط الفاصل ما بين العقارين ، فيسد المنور الذى فتحه جاره ، ولا يصبح هذا المنور صالحا للإضاءة ولا لمرور الهواء (٢) . وليس لصاحب المنور أن يعترض على ذلك ، أو أن يطلب هدم الحائط الذى أقامه الجار فى ملكه ، إذ هو لم يكسب حقاً قبل الجار بفتحه المنور كما قدمنا . ويكون هذا هو الحكم ، حتى لو أن المنور بقى مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فيجوز للجار ، حتى بعد انقضاء هذه المدة ، أن يقيم حائطا فى ملكه يسد به المنور . ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم ، فهو إنما أتى رخصة من المباحات كما قدمنا ، وإتيان الرخصة لا يصلح أساسا للحيازة ولا للتملك بالتقادم المكسب (٣) .

(١) ولكن لا يجوز لصاحب المنور أن يسيء استعماله ، كأن يقذف منه على الجار نفايات منزله ، أو أن يعتلى ما يمكنه من الإطلال من المنور على الجار (الجيزة ١٦ أبيل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٨ ص ٧٧٨ - دمياط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٣٠ ص ٦٦٦ - محمد على عفة فترة ٢٥٤ ص ٣٢٨ - إسماعيل غانم فترة ٤٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - عبد المنعم فرج الصدة فترة ١٠٠ ص ١٥٠ - منصور مصطفى منصور فترة ٣٨ ص ٩٤ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فترة ١٩٦ ص ٢٩٣ - بودر وشوفو فترة ١٠٣٠ - بلانيول وريبير وبكار ٣ فترة ٩١٧ - نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٩ دالوز ٧٠ - ١ - ٧٢ - ٢٤ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ١٦٦ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٣١٣ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ - ١٤٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٣٢ - طنطا -

ونرى من ذلك أن المالك ، إذا فتح منوراً في حائط أقامه ، يحسن به أن يبتعد بالحائط عن الخط الفاصل ما بين العقارين لمسافة كافية لبقاء المنور صالحاً للغرض المقصود منه . وهو الإنارة والتهوية ، حتى لو بنى جاره حائطاً على الخط فاصل فيما بعد . فإن المنور يكون في هذه الحالة بعيداً عن حائط الجار بعداً كافياً يبق على صلاحيته كمنور .

٤٨٢ - حكم المناور غير المستوفية لشرط الارتفاع : وإذا كان المنور غير مستوف لشرط الارتفاع الواجب ، بأن كان مفتوحاً مثلاً على ارتفاع ١,٧٥ متراً أو على ارتفاع أقل من أرضية الحائط ، فإنه يعتبر في القانون المصرى مطلاً لا منوراً كما تقدم القول . ومن ثم يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون هذا المطل قد روعيت فيه المسافة القانونية التي سبق بيانها في المطل المواجه والمطل المنحرف . وفي هذه الحالة لا يجوز للجار الاعتراض عليه ، لا من حيث إنه منور ولا من حيث إنه مطل . وتسرى الأحكام التي قدمناها في المطلات المفتوحة في حدود المسافة القانونية (١) .

(الحالة الثانية) أن يكون هذا المطل لم تراعى فيه المسافة القانونية . وفي هذه الحالة يجوز للجار أن يعترض عليه وأن يطلب مده . ولا يجوز لصاحبه أن يدعى أنه إنما فتح منوراً لا مطلاً ، وأن شكل الفتحة وسعتها ووضعها بدل كل ذلك على أن المقصود منها الإنارة والتهوية لا الإطلال . وأن الفتحة لا تستعمل فعلاً للإطلال . فإدامت الفتحة ليست على الارتفاع الواجب قانوناً ، فهي مطل لا منور كما تقدم ، وتسرى عليها جميع الأحكام التي تسرى على المطلات غير المستوفية لقيود المسافة وقد تقدم بيانها (٢) .

- الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المخامة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - بنوب ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المخامة ٨ رقم ٢٨٤ ص ٣٩٧ - بودرى وشوقو فقرة ١٠٣٠ ص ٧٦٣ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٦ - شفيق شحانة فقرة ١١٩ - محمد على ع فقرة ٢٥٤ ص ٣٢٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٩ - إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ٩٩ .

(١) انظر آتفا فقرة ٤٧٨ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٤٧٨ .

ومن هذه الأحكام أن الفتحة إذا بقيت على وضعها لمدة خمس عشرة سنة ، فقد كسب صاحبها حق ارتفاق بالمطل . ولا يجوز بعد ذلك للجار أن يعترض على بقاء الفتحة ، ولا أن يطلب سداها ، سواء أعيّرت منورا أو مطلا (١) .

(١) محمد كامل ، س ١ فقرة ٣٨٦ - محمد علي عرفة فقرة ٢٥٩ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٩ ص ١٢٧ - إسماعيل غانم فقرة ٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٦ - حسن كبيرة فقرة ٧٦ ص ٢٤٢ .

الباب الثالث

الملكية الشائعة

٤٨٣ - قسم الموضوع : تجرى في تقسيم الموضوع على نهج التقنين المدني ، فتكلم أولاً في الملكية الشائعة بوجه عام ، ثم نتكلم في وضع خاص للشيوع هو الشيوع الإجباري .

الفصل الأول

الملكية الشائعة بوجه عام (*)

(Copropriété — Indivision)

٤٨٤ - الملكية الشائعة في التقنين المدني السابق والتقنين المدني الجديد :
هذا التقنين المدني السابق حذو التقنين المدني الفرنسي ، فكان مقتضبا أشد

• مراجع : **Lebret** في فكرة الشيوع في القانون الفرنسي رسالة من **Caen** سنة ١٩٢٢ -
Siesse في الشيوع الوراثي في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - **Cembron** في الشيوع وملكية الطبقات (شرح للقانون البلجيكي الصادر في ٨ يولييه سنة ١٩٢٤) بروكل سنة ١٩٢٥ - **Jonasco** في الشيوع في المال رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ .
De Vareilles - Sommières في الملكية الشائعة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٧ ص ٥٣٧ وما بعدها - كابتان في الشيوع الوراثي في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ١٩ وما بعدها ص ٨٤ وما بعدها - شكري قرداحي في الملكية الشائعة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص ٣٠٠ وما بعدها - **Vincent** في الملكية الجماعية والشيوع والأثر الكاشف للقصة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٢٨٤ وما بعدها - حامد زكي نحو تنظيم تشريعي للملكية الشائعة في مصر في مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٣٣ ص ٣٧٦ وما بعدها ص ٥٠٧ وما بعدها - **Supervielle** في فكرة الملكية الشائعة في مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٤٨ ص ١٠٢٥ وما بعدها .

الاقتضاب^(١) في النصوص التي أوردها في شأن الملكية الشائعة (copropriété, indivision)^(٢) ، وذلك بالرغم من انتشار الملكية الشائعة في مصر بسبب الميراث وبقاء الورثة غالباً في الشيوع مدة طويلة . ولا يكاد التقنين المدني السابق يشتمل على نصوص في الشيوع ، فيما عدا بعض النصوص التي تبين إجراءات قسمة المال الشائع ، وضعت في الفصل الخاص بقسمة الشركات . واشتمل تقنين المرافعات السابق على المادة ٦٢١ . وهي لا تجيز الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات . وقد عمل القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق ، كما عمل القضاء الفرنسي ، على مد هذا النقص . وقن التقنين المدني الجديد أحكام القضاء المصري في هذا الشأن ، وزاد على هذه الأحكام كثيراً من القواعد التي تنظم الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها

(١) وسبب اقتضاب التقنين المدني الفرنسي أن هذا التقنين وقف عند الملكية الـ ومانية ، وهي ملكية فردية يكون فيها مالك واحد له سلطة مطلقة على المال المملوك . فإذا تعدد المالك ، كان هذا أمراً استثنائياً وعابراً مصيره إلى الزوال ، فزوال الشيوع لابقاؤه هو الأصل في الملكية الرومانية ، ومن ثم لم تكن هناك حاجة ملحة إلى تنظيم الشيوع في حالة البقاء . وهذا بخلاف الشيوع الجرمانى ، أو ما يسمى بملكية اليد المشتركة (*propriété en main commune, Gesamte Hand*) ، حيث يكون المالك هو جماعة من الناس لا يتمتعون بالشخصية المعنوية . فتختلف الملكية الجماعية الجرمانية عن الملكية في الشيوع ، في أن المالك في الشيوع هو شخص واحد ولكل لا يملك إلا حصة غير مفرزة في المال الشائع ، في حين أن المالك في الملكية الجماعية هو جماعة من الناس ويملكون مجتمعين كل المال . ولا تعتبر الملكية الجماعية الجرمانية أمراً استثنائياً عابراً ، بل هي أمر مستقر ، ولذلك كانت حلاً لتنظيم مفصل . أما في فرنسا فهذه الملكية الجماعية المستقرة تتخذ صورة الشخص المعنوى ، فيخلع على الجماعة التي تملك للمال شخصية معنوية تجعلهم شخصاً واحداً ، ومن ثم تنقلب الملكية الجماعية إلى ملكية فردية .

انظر في الملكية الجماعية : *Mougin* في المركز القان في الشركات المجردة من الشخصية المعنوية في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٠ ص ٦٩٧ وما بعدها - *Josserand* في الملكية الجماعية في الكتاب المنشور للتقنين المدني جزء أول ص ٣٥٧ وما بعدها - *Ricol* في الملكية الجماعية رسالة من تـ لوز سنة ١٩٠٧ - *Siesse* في الشيوع الوراثة في القانوني المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ .

(٢) انظر في وجه مختلفة للفرقة بين لفظ *copropriété* ولفظ *indivision* مارتوريونوفرة ٥٧ ص ٧٣ - والأولى الاحتفاظ بلفظ *copropriété* (الملكية الشائعة) للشيوع في حق الملكية دون غيره من الحقوق المبنية الأخرى ، وإطلاق لفظ *indivision* (الشيوع) على كل شيوع سواء كان في حق الملكية أو في غيره من الحقوق المبنية الأخرى (*Nerson* في أنيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ *indivision* فقرة ٢٩) .

في مصر . ووقف بوجه خاص عند إدارة المال الشائع حتى يمكن لأغلبية الشركاء أن يحذوا من تعنت الأقلية ، وعند التصرف في المال الشائع ، وعند انقضاء الشروع بالقسمة (١) .

١٥٨ - تعريف المسكنة : شائعة وطبيعتها الشائعة - نص قانوني :
تنص المادة ٨٢٥ مدني على ما يأتي :

« إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشروع . وتحسب الحصص متساوية ، إذا لم يقر دليل على غير ذلك » (٢) .

(١) وقد فصلت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد كل ذلك فيما يأتي : « أما الملكية الشائعة فلا يكاد التقنين الحالي (السابق) يذكر عنها شيئا ، مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشار في مصر . وقد تبسط المشروع في الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها . فجعل حق المشتري لحظه مفرز من المال الشائع ينتقل - إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب البائع - إلى ما يؤول إلى البائع بطريق القسمة . ووقف بنوع خاص عند إدارة المال الشائع ، حتى يزِيل ما يصيب أغلبية الشركاء من التمسك بسبب تحكم الأقلية . فبعد أن قرر أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ، فصل هذا المبدأ ، وبين أن ما يستقر عليه رأ من يملكه ثلاثة أرباع المال الشائع يكون ملزما للجميع . عرض المشروع لحق استرداد الحصة الشائعة فقصره على المنقول ، حتى لا يتزاحم في المقار مع الشفعة . وانتقل بعد ذلك إلى انقضاء الشروع بالقسمة : ففصل إجراءاتها وهي تتفق في جملتها مع الإجراءات التي نص عليها التقنين الحالي (السابق) . ونص على الأثر الكاشف للقسمة ، فأزال بذلك التناقض الموجود ما بين التقنين الأهل والتقنين المختلط . ونص على ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ، وعلى نقض القسمة للغبن فيما يزيد على الربع . وهذه نصوص لا نظير لها في التقنين الحالي (السابق) . ثم أعقب ذلك بنصوص تناول قسمة المهايأة ، وكلها نصوص جديدة تقن المبادئ التي استقر عليها القضاء المصري وتزيد عليها بعض الأحكام الإضافية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٣ من المشروع التمهيد على الوجه الآتي :
« إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا دون أن تفرز حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء فيه على الشروع ، وتحسب الحصص متساوية عند التمسك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فأصبح رقم النص ٨٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٨ - ص ٧٩) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويتبين من هذا النص أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات ،
 يملكه أكثر من شخص واحد^(١) . وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير
 منقسم ، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال ، ومن ثم يكون
 محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة . فحق الملكية على المال الشائع هو
 الذي ينقسم حصصيا (quotas-paris) . دون أن ينقسم المال ذاته^(٢) .
 ولما كان ملاك المال الشائع (copropriétaires-indivisaires—communistes)

— التقنين المدني السوري م ٧٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/١٠٦٦ : إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع ،
 وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقيم الدليل على غير ذلك .
 (والتقنين العراقي يوافق التقنين المصري ، إلا أنه حذف عبارة « غير مفرزة حصة كل منهم
 فيه » ، وكان الأولى إبقاؤها) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٢٤ : عندما يكون شيء أوحق ملكاً شائعاً ومشتركا
 بين عدة أشخاص ، ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك أو شبه شركة ، وهي تكون اختيارية
 أو اضطرارية .

م ٨٢٥ : إذا قام الشك ، عدت أنصبة الشركاء متساوية .

(والتقنين اللبناني يتفق مع التقنين المصري — انظر في الملكية الشائعة بوجه عام في القانون
 اللبناني حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة
 الكتابية سنة ١٩٦٥ ص ١٧٢ — ص ٢٣٥) .

(١) وكما يكون الشيوع في حق الملكية ، يبرز كذلك أن يكون في الحقوق العينية الأخرى
 كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق . أما الحقوق الشخصية فالأصل فيها أن تنقسم إذا تعدد
 الدائنون ، ومع ذلك قد لا ينقسم الحق الشخصي في التضامن ما بين الدائنين وفي عدم قابلية الحق
 للانقسام ، وقد سبق شرح كل ذلك في نظرية الالتزام .

(٢) پلانیول وریپر وبیکار ٣ فقرة ٢٨٦ ص ٢٨٠ — وقد صيغت الملكية الشائعة على
 غرار الملكية الشائعة في القانون الروماني ، وهذه بدورها اتخذت الملكية الفردية أساساً لها .
 فملكية الشائعة ، في ثوبها الروماني ، لا تعدو أن تكون وصفاً (modalité) من أوصاف
 الملكية الفردية ، فيكون للشريك في الشيوع حق ملكية كاملة شاملة على حصة شائعة (quote
 part abstraitة) من الشيء المملوك في الشيوع ، ويحتفظ بمدينته في أن يكون له حصة في
 الحصة (كولان وكايتان ودی لامورانديير ١ فقرة ١٠٣٣ ص ٨٢٦) . ويتجسد ملكية الشريك
 مع ملكيات شركائه الآخرين في كل ذرة من ذرات الشيء المملوك في الشيوع (پلانیول وریپر
 وبولانچیه ١ فقرة ٢٧٤٤) .

متعدددين ، فلابد من تعيين حصة كل منهم في هذا المال . الخصف أو أربع أو الخمس أو غير ذلك . وتعيين المساس الملائمة في الشيوخ عادة عند بدء الشيوخ لمصدره . فإن كان ميراثا عين القانون حصة كل وارث : وإن كان وصية عين الموصى حصة كل موصى له ، وإن كان نقدا أو كسرا بتعيين حصة كل شريك . وقد لا تتعين الخمس . كأن يشتري عدة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يدينوا حصة كل منهم فيما اشتروه ، فعند ذلك تكون الحصص متساوية ، مادام لم يقم دليل على غير ذلك^(١) .

بقي أن نحدد الطبيعة القانونية للملكية الشائعة . وبحسن في هذا الصدد أن نبين أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية (*propriété individuelle*) . أو ملكية جماعية (*propriété collective*) . فالملكية الفردية هي التي يكون المالك فيها فرداً ، ولو كان هذا الفرد شخصا اعتباريا أى مجموعا من الناس متمتعا بالشخصية الاعتبارية . والملكية الجماعية ، وبوجه خاص ملكية اليد المشتركة (*propriété en main commune, Gesamte Hand*) . وهي الملكية الجرمانية ، فقد قدمنا^(٢) أن المالك فيها يكون جماعة من الناس دون أن تتمتع هذه الجماعة بالشخصية المعنوية . فهل الملكية الشائعة هي حق ملكية ، وإن كانت فهل هي حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟

إننا نرى في أن الملكية الشائعة هي حق ملكية ، فهي تشمل على جميع عناصر الملكية ، وللمالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . ونصوص التقنين المدني صريحة في هذا المعنى . فن جهة رأينا أن المادة ٨٢٥ مدني ، وهي في صدد التعريف بالملكية الشائعة ، تقول : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا .. » ، فهي تصف صراحة أصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشيء الشائع ، أى أن حتهم فيه هو حق ملكية . ومن جهة أخرى سنرى أن المادة ١/٨٢٦ مدني تجمع بين يدى المالك في الشيوع جميع عناصر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وتحدد حصص الشركاء عند بدء الشيوع ، فإذا لم يكن هناك تحديد ، أو كان هناك شك في التحديد ، حبت الحصص متساوية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٩) .

(٢) انظر أيضا فقرة ٨٤ في الهامش .

الملكية من استعمال واستغلال وتصرف فتقول : « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » (١).

بقى أن نعرف هل الملكية الشائعة هي حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟ تجيب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على هذا السؤال بما يأتى : « عرفت المادة .. الملكية الشائعة ، ويتبين من التعريف أن هذه الملكية ومسط بين الملكية المفردة والملكية المشتركة (الجماعة) . فالحصة التى يملكها الشريك

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الملكية في الشيوع ليست بحق ملكية ، بل هي حق عيني من نوع خاص (sui generis) انظر في هذا المعنى Slesse في الشيوع الوراثى في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - Ionsco في الشيوع في المال رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ - مارتى ورينو فقرة ٥٩ .

ووجه الاعتراض الرئيسى على أن الملكية في الشيوع هي حق ملكية يتلخص في أن حق الشريك في الشيوع مقيد بحقوق الشركاء الآخرين ، وأن من طبيعة الملكية الاستثنائية ، وهنا لا يتأثر الشريك في الشيوع بالشئ بل يشاركه فيه آخرون . ويمكن دفع هذا الاعتراض بأن الاستثنائية هنا أيضاً واقع ، والذي يتأثر بالشئ الشائع هو كل شريك ، ولكن لا في وجه الشركاء الآخرين ، بل في وجه الغير ، لئى في وجه كل شخص ليس شريكا في الشئ الشائع (انظر إسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص ١٩٨) . وليس حق الشريك في الشيوع إلا حق ملكية مقيداً بحقوق الشركاء الآخرين (پلانيول وريبيير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٤٨) .

وقد انعقد الإجماع في الفقه المصرى على أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٥٩ - شفيق شحاتة فقرة ١٣٣ وفقرة ١٣٥ - محمد على عرفة فقرة ٢٨٦ ص ٢٧٨ - ص ٣٧٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٧ وفقرة ١١٠ - إسماعيل غانم فقرة ٨٦ - حسن كبرية فقرة ١٠٤ ص ٣٤١ - ص ٣٤٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٤ ص ١٨٦ - ص ١٨٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٢٩ - ص ١٣١ ولكن قارن مقالا له في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القلنونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٠٤ - ص ١٠٥ حيث يلعب إلى اعتبار حق الشريك في الشيوع حق ملكية من نوع خاص هو « ملكية شائعة ») .

ويترتب على أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية ، أنه إذا خصص هذا الشريك متقولا ملكا له لخدمة المقار الشائع ، فإن هذا المتقول يصبح عقارا بالتخصيص ، إذ أن الشريك في المقار الشائع هو مالك لهذا المقار ، فتأخر بذلك شرط اتحاد المالك (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص ٢٠١ هامش ١ ، وقد ناقش في هذا الصدد حكم محكمة النقض الصادر بـ ١٠ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص ٦٣٩ - وانظر في أن المتقول يصبح في هذه الحالة عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ آنفا فقرة ١٤) .

في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفروزة . والشئ المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية) ، (١) .

وإذا كان صحيحاً أن الملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفروزة والملكية الجماعية ، فإنه يبقى أن نعرف هل طبيعة الملكية الشائعة هي من طبيعة الملكية المفروزة أو من طبيعة الملكية الجماعية؟ يجب بادئ ذي بدء أن نبرز الفرق واضحاً بين طبيعة الملكية الشائعة وطبيعة الملكية الجماعية . فالملكية الجماعية (propriété collective) هي ملكية مشتركة لا ملكية فردية ، لأن المالك فيها هو كما قدمنا جماعة من الناس لا يملك أى واحد منهم بمفرده لا الشئ المملوك ولا أية حصة فيه ، بل الكل يملكون مجتمعين - دون أن نكون لهم شخصية معنوية - كل الشئ المملوك . أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية لا ملكية مشتركة ، لأن كل شريك في الشيوع يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع ، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٨ - ص ٧٩ .

(٣) وإذا كانت الملكية الشائعة تنصب على كل المال الشائع ، فإن حق كل مالك في الشيوع ينصب على حصته الشائعة . فالحصة الشائعة ، لا كل المال الشائع ، هي محل حق الشريك في الشيوع . وقد أبرزت محكمة النقض مال الحصة الشائعة من كيان ذاتي يحملها تمييزاً عن مجموع المال الشائع ، فقالت : « إنه وإن كانت الملكية الشائعة تمر بتدورها إلى كل أجزاء المال الشائع ، فإن ذلك لا يمحو ما لكل حصة فيه من كيان ذاتي ، فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول للقسم ، وحينئذ تصوير متميزة بالفعل . ذلك أن الحصة الشائعة ، وإن لم تكن في العيان متميزة حالاً ، فإنها متميزة بالقسمه ما لا ، ويعوجب ما للقسمه من أثر رجعي كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر . فإذا قضى حكم بوقف دعوى تثبيت ملكية أرض اشتراها المدعى ، مؤسسا ذلك على بطلان عقد البيع الصادر إليه فنتيجة سبق الحكم ببطلان عقد تملك البائع الأصل ، في حين أن هذا البائع كان قد تملك بعد البيع الصادر منه حصة شائعة في جملة الأطنان يمكن أن تخرج منها الحصة المبيعة ، فلا مخالفة في ذلك للقانون . إذ أن ما باعه البائع الأصل وآل أخيراً إلى المدعى ، وإن كان قدراً شائعاً في جملة الأطنان ، فإنه قدر معين بذاته متميز عن غيره بكماله هو ما اشتراه هذا البائع من أحد الورثة ، وقضى بإبطال البيع الصادر له في خصوصه . فهو لذلك يختلف عن القدر الشائع الذي تملكه البائع المذكور فيما بعد بالشراء من مالك آخر مشتاع » (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ - مجلة المكتب الفنى في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩١) . انظر إسماعيل غانم هرة ١٣١ ص ٣٠٢ هامش ٢ ، وهو ينتقد الحكم لإعماله الأثر الرجعى في غير موضعه .

فالملكية الشائعة لا تشترك إذن في طبيعتها مع الملكية الجماعية ، بل هي تشترك في الطبيعة مع الملكية المفترزة ، إذ أن كلامنا الملكية الشائعة (propriété indivise) والملكية المفترزة (propriété divise) هي ملكية فردية (propriété individuelle) .

وبخلاصة ما قدمناه أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية ، والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفترزة أو ملكية شائعة . ومن ثم تكون الملكية الشائعة هي حق ملكية حقيقية ، وهي أحد نوعي الملكية الفردية .

٤٨٦ - مصادر الشروع وأملاك وأسباب انقضاء - نص قانوني

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني على ما يأتي :

« كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء (١) » .

— ونحن نذهب إلى أبعد مما ذهب إليه الحكم ، إذ يجب في نظرنا التمييز ، لا فحسب بين حصة شائعة وحصة شائعة أخرى ، بل أيضاً بين حصة شائعة والجزء المفترز الذي آلت إليه هذه الحصة الشائعة بالقسمة ، فيحل الجزء المفترز حله لا عينياً محل الحصة الشائعة في التصرفات التي وقعت من قبل على الحصة الشائعة (انظر ما يلي فقرة ٥١٣ وفقرة ٥١٤ في الهامش ، وانظر م ١٠٣٩ / ٢ مدني) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١١٩٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٨٩٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٨٩٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٨٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٠ - ص ٨٣) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/١٠٦١ و ٣ : ٢ - وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة

حلياً تاماً ، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنهم . ٣ - ويجوز للشريك في الشيوع أن يزجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن الملكية الشائعة هي حق ملك تام ، فهي ملكية فردية كـ قدمنا ، شأنها في ذلك شأن الملكية المفترزة .

ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية ، التي سنبحثها تفصيلا في الجزء التاسع من الوسيط . وأهم هذه الأسباب ، بالنسبة إلى الملكية الشائعة ، هو الميراث ، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين ، فننتقل إليهم أمواله شائعة . وقد يكون مصدر الشيوع الوصية ، كما إذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع . وقد يكون مصدر الشيوع العقد ، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوع ، أو كما إذا باع مالك الدار نصف داره في الشيوع^(١) . وقد يكون مصدر الشيوع أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، كالاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقادم^(٢) .

— قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢٣ : يتصرف كل شريك بملكه الحرية بحقوقه في العقار ، وله أن يتفرغ عنه لشخص آخر أو أن يجرى عليه تأمينا ، بدون إذن من شركائه بالشيوع . ولكن لا يحق له أن يرهن حصته . هذا وقد نسخ هذا النص بالمادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وتجرى على الوجه الآتي : لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته ، ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها ، وأن ينيب غيره عنه في التمتع بها ، وأن يتصرف فيها على أى وجه آخر ، سواء أكان يبدل أم بلا بدل ، إلا إذا كان لا يملك سوى حق مختص بشخصه . (وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) وإذا كان العتد شركة تتمتع بالشخصية المعنوية ، فادامت هذه الشخصية المعنوية قائمة فالمال غير شائع وهو مملوك ملكية مفترزة للشركة . فإذا انحلت الشركة وصفت ، أصبحت أموالها مملوكة على الشيوع للشركاء .

ونرى من ذلك أنه يجب تمييز الشيوع عن الشخصية المعنوية ، فإذا كان المال شائعا بين اثنين فكل منهما يملك حصته شائعة في المال ، أما إذا كان المال مملوكا لشخص معنوي كشركة فالمال كله مملوك لهذا الشخص المعنوي ، وليس لأحد من الشركاء في الشركة حق عيني فيه . كذلك يجب تمييز الشيوع عن تقابل حقين مختلفين في الشيء الواحد ، فقد تكون رقة الشيء لشخص وحق الانتفاع بها لشخص آخر ، فلا يعتبر مالك الرقة وصاحب حق الانتفاع في شيوع فيما بينهما ، لأن لكل منهما حقا يختلف عن الحق الذى للآخر .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد : « ومصدر الشيوع قد يكون العتد ، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوع . وقد يكون الوصية ، كما إذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع . وقد يكون أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، وأكثر الأسباب انتشاراً هو الميراث فإن الإرثة تنزع حصصهم شائعة في التركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٩) .

أما أحكام الشيوع ، فمنها ما يشترك فيه مع الملكية المفترزة ، وهذه قد سبق بيانها . وأهم هذه الأحكام المشتركة هو ما تقرر للمالك على ملكه من حق استعمال وحق استغلال وحق تصرف ، فالمالك على الشيوع ، كما يقول النص . صالف الذكر ، « يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « الملكية فى الشيوع كالملكية المفترزة تشتمل على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف . إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين ، فالمالك فى الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء . أما حق المالك المشتاع فى التصرف فكحق المالك ملكية مفترزة ، على أن يقع تصرفه على حصته الشائعة ، فيستطيع أن يبيع هذه الحصة وأن يهبها ،

وفىما يتعلق بكسب الملكية الشائعة بالتقادم ، قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب الموزع فيه ، من حيث إن كليهما يصبح أن يكون محلاً لأن يحوز حائز على وجه التخصيص والانفراد ، ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفترز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتادين . والمخالطة ليست عيباً فى ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غرض وإيهام . فإذا اتفق المشتاعون ، ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حد خصة مراعى حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم ، جاعلين لكل منهم حصته فيه ، جاز أن يملكوه بالتقادم ، سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو نأب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ موعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ١٩٣) - وانظر فى إمكان استئثار أحد الشركاء فى الشيوع بحيازة المال كله فى مواجهة باقى الشركاء ، وتملكه إياه بالتقادم إذا لم يشب الغرض حيازة الشريك : استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه ليس فى القاذون ما يحرم على وارث أن يملك بالتقادم نصيب الوارثين معه ، فهوى ذلك كالى شخص أجنبى عن التركة يملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٧ ص ٤٤٥) . على أن حكماً لمحكمة استئناف مصر ذهب إلى أن وضع يد المارث على عين مشتركة بينه وبين بقية الورثة يحصل منه بصفته شريكاً فى العين على الشيوع لامتلاكها ، بما أن المالك فى الشيوع يملك فى كل جزئية من جزئيات العين المشتركة ، أو هو على الأقل وضع يد غامض ومن أركان وضع اليد للملك أن يكون غير غامض . فوضع يد الوارث أو أى شريك على الشيوع ، مهما بلغت مدته ، غير مكسب للملكية (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٧ ص ٤٠) . وانظر فى هذه المسألة محمد على عرفة فقرة ٢٩١ - إسماعيل غانم فقرة ٦٦ .

ولأن يرهنها هنا رسمياً أو رهن حيازة^(١) . ومن ذلك نرى أن المال الشائع ، كالمال المفروز ، يباشر عليه المالك في الشروع حتى الاستعمال وحتى الاستغلال . وحتى التصرف^(٢) . ولكنه يختلف عن المال المفروز في أن حق المالك في الشروع مقيد بحقوق سائر الشركاء . وهذا هو ما يميز المال الشائع أحكاماً خاصة به ، في إدارته لاستعماله واستغلاله ، وفي التصرف فيه .

بقيت أسباب انقضاء الشروع . والشروع يكون عادة حالة مؤقتة مصيرها إلى الانقضاء والزوال ، وإن كانت تلوم في بعض الأحوال مدة طويلة كما يقع ذلك كثيراً في مصر . وينقضي الشروع بأسباب مختلفة . نذكر منها العقد المنهي للملكية ، فقد يبيع أحد المالكين في الشروع حصته الشائعة للمالك الآخر ، أو يبيع المالكان معاً المال الشائع لمشتري واحد . فينقضي الشروع ، وتصبح الملكية مفروزة في يد المالك الآخر في الحالة الأولى . وفي يد المشتري للمال الشائع في الحالة الثانية . وقد يكون الميراث سبباً لانقضاء الشروع ، بأن يرث أحد المالكين في الشروع المالك الآخر . والوصية كالميراث قد ينقضي بها الشروع ، بأن يوصي أحد المالكين في الشروع للمالك الآخر بخصته الشائعة^(٣) . ولكن هذه الأسباب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١ .

(٢) والمادة ٨٢٦ مدني تقول ، كما رأينا ، إن الشريك في الشروع إنما يستعمل ويستغل ويتصرف في حصته الشائعة . وقد أخذ على صياغة النص « أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع ذاته ، لا على الحصة الشائعة فيه » (إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٥ هامش ١) . وإذا كان الاستعمال لا يرد على الحصة الشائعة إلا تجوزاً ويكون منه الانقضاء ، فإن الاستغلال يرد على الحصة الشائعة كما يرد على الشيء الشائع . وإنما أريد ، في نص المادة ٨٢٦ مدني . أن يبرز ما للشريك في الشروع من حق ملكية تامة على حصته الشائعة ، بما تشمل عليه هذه الملكية من عناصرها الثلاث ، التصرف والاستغلال والاستعمال .

(٣) وقد ينقضي الشروع بالتقادم المكسب . بأن يحوز أحد الشريكين المال الشائع كله على أنه ملكه وحده فيكسبه بالتقادم . وهنا يجب التحرز من عيب الغموض ، فإن الشريك إذا حاز المال الشائع قد يكون نائباً عن شريكه الآخر ، ولذلك يجب أن تظهر نية الاستئثار بالشيء عند الشريك واضح اليد (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٩٧ ص ٤٤٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ - شين الكوم انكية ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٦٧ ص ٧٠١ - عكس ذلك استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٧ ص ٤٠ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الخامس) .

كلها أسباب عارضة ، ولا يقصد منها في الأصل إنهاء الشبوع ، وإن انقضى الشبوع بها فعلا . أما السبب الرئيسي لانقضاء الشبوع ، السبب الذي يقصده أصلا ومباشرة إنهاء هذه الحالة ، فهو القسمة^(١) . لذلك تقف من أسباب انقضاء الشبوع عند القسمة دون غيرها .

ومن ثم يخلص لنا ، كأحكام تختص بها الملكية الشائعة ، الموضوعات الآتية : (١) إدارة المال الشائع . (٢) التصرف في المال الشائع . (٣) قسمة المال الشائع .

الفرع الأول

إدارة المال الشائع

٤٨٧ — الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة : رأينا^(٢) أن التقنين المدني وقف بوجه خاص عند إدارة المال الشائع ، حتى يزِيل ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية . وقد ميز التقنين المدني ، في هذا الصدد ، بين أعمال الإدارة المعتادة والأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

المبحث الثاني

الإدارة المعتادة

٤٨٨ — مفظ المال الشائع — نص قانوني : تنص المادة ٨٣٠ مدني على ما يأتي :

« لكل شريك في الشبوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم للحفاظ

(١) وتنص المادة ٨٣٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « إذا شرَكَ الملك أو شبه الشركة تنهى : أولا — بهلاك جميع الملك المشترك . ثانيا — بتفريق الشركاء عن حصصهم لأحدهم أو تركها له . ثالثا — بالقسمة » .

(٢) انظر آفا فقرة ٤٨٩ .

الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء^(١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما حفظ المال الشائع فهو من حق كل شريك ، وله أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك ، كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الحيازة . والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله^(٢) . فأعمال الحفظ التى يصح أن يقوم بها كل شريك فى الشيوع منفرداً دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء قد تكون أعمالاً مادية . مثل ذلك صيانة المال الشائع ، وترميمه إذا احتاج إلى ترميم ، وتحويله بسياج أو بسور إذا كان حفظه يقتضى ذلك ، وتسجيل سند ملكيته إذا كان هذا السند فى حاجة إلى التسجيل ، وجنى الثمار قبل أن تتلف . وقد تكون تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى ، مثل ذلك قطع التقادم إذا كان المال الشائع فى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه المجلس الذى اب تحت رقم ٨٩٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٠ - ص ٩١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (انظر استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩١) .

ويقابل النص فى القوانين المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٦ (مطابق) .

م ١٠٦٨ : ١ - إذا احتاج الملك الشائع إلى مرة أو عمرة ، يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم . ٢ - وإذا كان بعض الشركاء غائباً ، أو أبى بعضهم الترميم أو التعمير ورغب بعضهم فيه ، جاز للراغب أن يقوم بالترميم أو التعمير بإذن من المحكمة ، ويرجع على شركائه بقدر حصصهم . م ١٠٦٩ : إذا تهدمت العين الشائعة كلياً وأراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون ، فلا يجبر الآبى على المارة .

قانون الموجبات والعقود المبنائى م ٨٣١ : يجب على كل شريك أن يسهر على صيانة الشيء

المشترك ، كما يسهر على أملاكه الخاصة .

(والتقنين المبنائى أورد فى صورة التزام ما أورده ابقنين المصرى فى صورة حق) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥ .

حيازة أجنبي بنية تملكه بالتقادم المكسب ، ورفع دعاوى الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك ، ورفع دعوى الاستحقاق إذا كان المال الشائع في يد مغتصب أو في يد أى حائز آخر ، ودعوى تعيين الحدود إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود المال الشائع ، ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه ، وتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص أو بامتياز ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذاً جبرياً .

والشريك في الشروع ، في قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم ، يعتبر أصيلاً عن نفسه . ثم هو وكيل عن سائر الشركاء ، إذا لم يعترض أحد منهم على عمله ، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة . فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء اعتبر فضولياً بالنسبة إليهم ، لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر (م ١٨٩ ملغى) ، فيرجع للشريك بدعوى الفضالة^(١) . أما إذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب . وهناك رأى يقول بأن الشريك يعتبر في جميع هذه الأحوال نائباً عن شركائه نيابة قانونية في القيام بأعمال الحفظ ، فيرجع عليهم دائماً بدعوى النيابة^(٢) .

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٦٥ - محمد علي عرفة فقرة ٢٩٧

(٢) شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ١٦٨ وهاش ٢ - عبد المنعم البدرار فقرة ١٢١ ص ١٥١

هاش ١ - حسن كيرة فقرة ١٠٨ ص ٣٥٧ هاش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ - وقرب منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هاش ٢ .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يضيق بما إذا كانت أعمال الحفظ أعمالاً مادية: فإن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية (انظر إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هاش ١) - وهناك رأى يذهب إلى تأسيس المادة ٨٣٠ مدني على مجرد أن للشريك حق في د على الشيء كله ينح له القيام بكل الأعمال التي لا تمس حقوق الشركاء الآخرين (إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هاش ١ - وانظر في الرد على هذا الرأي منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هاش ٢) .

وقد جرى القضاء الفرنسي على افتراض وكالة ضمنية لأن الأعمال التي يقوم بها الشريك تتمحور لمصلحة جميع الشركاء ، أو على تطبيق قواعد الفضالة (نقض فرنسي ١٠ أبريل سنة ١٨٥٤ داللو ٥٤ - ١ - ١٨٣ - باريس أول فبراير سنة ١٩١٠ تحت حكم محكمة النقض في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ دالتوز ١٩١١ - ١ - ٣٧٧ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٤) .

٤٨٩ - نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف - نص قانوني :

نص المادة ٨٣١ مدني على ما يأتي :

« نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وانسرايب المشروطة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقتضي بغير ذلك » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان ينتهي بالعبارة الآتية : « ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى من حصته في المال الشائع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٠٢ في المشروع الثاني . ثم وافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩٠٠ . وفي لجنة لمس الشيوخ حيز رئيس اللجنة فكرة التخلّص أو التخلّي بشرط تنظيمها وتعيين الجهة التي يذهب إليها هذا النصيب ، فأما أن يعتبر سائبة ، وخشية من أنه إذا حرم المالك على الشيوع من حق التخلّي لحقاً بالشركاء إلى التنفيذ على ملك آخر له نظير النفقات المطلوبة منه . وعوضت الفكرة بأخرى ذهب إلى أن النفقات الإدارية لا يمكن أن تصل إلى أكثر من قيمة رأس المال حتى تجعل للشريك يتخلّى من ملكه . وأتت اللجنة بعد المناقشة حذف العبارة الأخيرة من النص ، على أساس أن فكرة التخلّص من التزام متعلق بعين عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق ، ولكن إجراء حكمها من الناحية العملية يقتضي وضع تفاصيل يحسن تجنبها . ووافق لمس الشيوخ على النص كما عدته لجنته تحت رقم ٨٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٢ - ص ٩٤)

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكنه مجرد تطبيق للقواعد العامة فكان معنولاً به (استئناف وطني ٤ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٩ ص ٩٣ - استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٥٠ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩١ - ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٦٧ (مطابق فيما عدا خلل التقنين العراقي من العبارة الأخيرة في

النص المصري) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٢ : يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم

ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وإبقائه صالحاً للاستعمال الذي أعد له - على أن كلا منهم يستطيع أن يكتفي في حل من هذا الواجب : أولاً - ببيع حصته مع الاحتفاظ بحق الأولوية المختص بالشيوع للشريك الذي قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها . ثانياً - بأن يترك للشريك المشار إليه حق التمتع بالشيء المشترك مع متبوعه إلى أن يسترد ما دفعه لحساب الشركاء . -

وليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فكل الشركاء في الشبوع ملاك المال الشائع كما قدمنا ، فتتقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعاً كل بقدر حصته فيه . ومن ثم تنقسم على الشركاء . كل بقدر حصته ، نفقات حفظ المال الشائع ، وهي النفقات التي صرفت في صيانته وترميمه ، أو تسجيل سنده ، أو تحويطه بسور ، أو جنى ثماره قبل التلف ، أو قطع التقادم ، أو تعيين الحدود ، أو مصروفات الدعاوى التي رفعت لحفظ المال الشائع ، أو غير ذلك من نفقات الحفظ التي سبق ذكرها . كذلك تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات إدارة المال الشائع ، والضرائب المفروضة عليه ، وسائر التكاليف الناتجة عن الشبوع كنفقة إصلاح الحائط المشترك أو تجديد (م ٢/٨١٤ مدني) ، أو المقررة على المال كفوائد الديون وأقساطها^(١) . وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة أخرى ، فتقل مثلاً بالاتفاق حصة الشريك القائم بالإدارة في النفقات في نظير قيامه بالإدارة . وكل ذلك أيضاً ما لم يوجد نص يقضي بغيره ، ومن أمثلة ذلك ما قضت به المادة ١/٨١٥ مدني من تحمل الشريك الذي يقوم بتعليه الحائط المشترك بنفقات التعلية وصيانة الجزء المعلي وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من مئاته .

والرجوع على الشركاء في الشبوع ، كل بقدر حصته ، يكون كما قلنا

= ثانياً - بطلب انقصة إذا كانت مستطاعة - أما إذا كانت النفقة قد دفعت ، فيلزم الشركاء بها على كل نسب حصصهم .

م ٨٣٣ : كل شريك ملزم تجاه الآخرين بتحمل أعباء الشيء المشترك ونفقات الإدارة والاستئجار - ويعين نصيب كل شريك من تلك الأعباء والنفقات بحسب حصته في ذلك الشيء .
م ٨٣٤ : إن النفقات النافعة والنفقات الكالية التي يقوم بها أحد الشركاء لا تخوله الحق في مطالبة شركائه بشيء منها ، إلا إذا كانوا قد أجازوا له إنفاقها صراحة أو ضمناً .

وانظر أيضاً المادة ٢٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني ، وقد نسخت بالمواد السابقة .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن دفع الشريك في الشبوع الدين لثالث له رهن على العقار الشائع يشبه من جميع الوجوه قيام أحد الشركاء بالنفقات الضرورية لحفظ المال الشائع ، فيجب أن توزع النفقات قانوناً على الشركاء بنسبة حصصهم في العقار جميعه (استئناف مصر أول مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧١ ص ٢٣٩) .

بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب (١) .

ويجوز لأى من الشركاء، التخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف، أن يتخلى عن حصته في المال الشائع (٢) ، وهذه قاعدة عامة مقررّة للتخلص من أى التزام عيني وهو الالتزام الذى يكون سببه ملكية العين (obligation réelle obligation propter rem) . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣١ يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالقواعد العامة (٣) . ويرتب على تخلى الشريك عن حصته (abandon) أن تصبح هذه الحصة ملكاً لباقي الشركاء ، كل بقدر نصيبه في المال الشائع . وفي هذه الحالة يتحمل باقي الشركاء النفقات ، كل بقدر حصته الجديدة أى بعد إضافة حصة الشريك المتخلى إلى حصصهم (٤) .

٤٩٠ - المبدأ العام في إدارة المال الشائع - نص قانونى : تنص المادة ٨٢٧ مدنى على ما يأتى :

(١٠) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تعتبر المبالغ التى يقترضها أحد الشركاء لدفع الضرائب المقررة على مال شائع مقترضة لتحقيق مصلحة الشركاء جميعاً ، فيتعين الحكم بصحة الجزء الذى يوقمه المقرض على الموجودات المشتركة قبل جنبها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١) . وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن الشريك يقوم مقام شريكه الآخر بالنسبة إلى مخالفات المانح الصحية وغير الصحية التى تقع من أحدهما في إدارة العين المشتركة، بشرط ألا يثبت أن الشريك المحكوم عليه في مثل هذه المخالفات قد تعدد ارتكابها أو أهمل عمداً في دفعها إضراراً بشريكه الآخر (الإسكندرية الوطنية مستجل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٧٤ ص ١٠٩٣) .

(٢) أوبرى وادو ٢ فقرة ٢٢١ ص ٥٨٢ - ولانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ - وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٦١ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ .

(٣) انظر آنفا نفس الفقرة ص ٨٠٧ هامش ١ .

(٤) وهى نفس النسبة قبل إضافة حصة الشريك المتخلى . هذا ويجب تسجيل سند التخلية إذا كان المال الشائع عقاراً (شفيق شحاتة فقرة ١٤٨ ص ١٧٠ هامش ٢ - محمد على عرفة فقرة ٢٩٨ ص ٣٩٦ - عبد المنعم البدرولى فقرة ١٢٢ ص ١٥٢ - إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) . ويتخلص المتخلى بتخليه عن حصته من الالتزامات التى نشأت قبل التخل أو بعده (بنكاز ملحق بودرى ٥ فقرة ٢٠٣ - إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠) ، بشرط أن تكون ناشئة عن الشيوع . فإذا كانت مسئولية المتخلى قد نشأت عن خطأ ارتكبه ، كأن ألتف المال الشائع ، فالتخل لا يعفيه من المسئولية (إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) .

« تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (١) .

وبخلاص من هذا النص أن إدارة المال الشائع هو . في الأصل ، من حق الشركاء في الشبوع مجتمعين ، لا ينفرد به أحد منهم . ذلك لأن لكل شريك حقاً في المال الشائع بمائل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين ، فإذا امتثل أحدهم بإدارة المال الشائع كان في هذا اعتداء على حقوق باقي الشركاء ، فلا بد إذن من إجماعهم ، ليقرروا على أى وجه تكون إدارة المال الشائع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس الشورى تحت رقم ٨٩٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٣ - ص ٨٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية المية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الماتى م ١/١٠٦٤ (مطابق) .

قازن الموجبات والعقود البنائى م ٨٢٦ : كل شريك يمكن أن يستعمل الشئ المشترك على

نسبة ماله من الحق ، بشرط ألا يستعمله على وجه يخالف ماهية ذلك الشئ أو الغاية المعد لها ، أو يناقض مصلحة الشركة ، أو على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم .

م ٨٢٧ : لا يجوز لشريك أن يحدث تغييراً في الشئ المشترك بلا رضا شركائه الصريح أو الضمنى - فإن لم تراع أحكام الفقرة السابقة تطبق القواعد الآتية : أولاً : تجرى القصة عندما يكون الشئ قابلاً للتجزئة . وإذا كان الجزء الذى حدث فيه التغيير واقعاً في حصة الشريك الذى أحدثه ، فلا سبيل لأى منهم إلى الاعتراض . أما إذا كان التغيير واقعاً في حصة شريك آخر ، فيمكن هذا الشريك أن يختار إما أداء بدل التغيير وإما إجبار شريكه على إرجاع الشئ إلى حاله الأصلية . ثانياً - عندما يكون الشئ غير قابل للتجزئة ، يجوز للشركاء أن يجبروا حدث التغيير على إعادة الشئ إلى حاله الأصلية وعلى تحمل النفقة ، مع أداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء .

م ٨٢٨ : عندما يكون الشئ بطبيعته غير قابل للتجزئة . لا يحق للشريك أن يأخذ إلا ما يناسب حصته من منتجاته . ويجب أن يجرى حساب الشركاء جميعاً . ولو عارض في ذلك أحدهم .

م ٨٢٩ : يجب على كل شريك أن يقدم شركائه حساباً عن كل ما استلمه زيادة على حصته في منتجات الشئ المشترك .

وانظر أيضاً المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية البنائى .

هنا هو الأصل ، ولكن ترد عليه استثناءات هامة ، ترجع إلى نغذر الإجماع في أغلب الأحوال . ومن ثم نظم التقنين المدني الجديد هذه المسألة تنظيمًا مفصلاً ، واجه به العقبات العملية التي تحول عادة دون حسن استغلال المال الشائع ، مراعيًا ما عسى أن يتفق عليه الشركاء في شأن إدارة هذا المال . وقد كان التقنين المدني السابق خلوا من هذا التنظيم ، فجهد القضاء في سد هذا النقص ولكن هلى وجه غير كامل أمام سكوت التشريع .

والغرض الذى يهدف إليه الشركاء من إدارة المال الشائع هو بطبيعة الحال الانتفاع بالمال واقتسام ثماره فيما بينهم . فهم ملاك لهذا المال . ولكل مالك حق استعمال الشيء واستغلاله .

فإذا أمكن لكل منهم الاستثمار باستعمال الشيء الشائع . كان له ذلك . فإذا كان هناك مثلاً ترعة خاصة مملوكة على الشيوع أو مصرف خاص شائع أو بئر شائع ، جاز لأى من الشركاء أن ينتفع بالمال الشائع . فيأخذ من التربة أو البئر الماء الذى يروى به أرضه ، ويرسل الماء الذى يتبقى بعد الرى إلى المصرف الخاص . كذلك يجوز لكل من الشركاء أن يصيد السمك فى بركة شائعة أو يصيد الطير فى أرض شائعة ، مع تنظيم يتفق عليه الشركاء يجعل حق كل منهم فى الصيد لا يتعارض مع حقوق الآخرين^(١) .

كذلك يجوز لكل من الشركاء ، كما قدمنا^(٢) ، أن يرفع دعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، لمواجهة اعتداء من يعتدى على حيازته لحصته الشائعة ، دون حاجة إلى أن يشترك معه فى ذلك سائر الشركاء المشتاعين^(٣) .

(١) إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٦ .

(٢) انظر آلفا فقرة ٤٨٨ .

(٣) وإذا وضع شريك يده على جزء مفرز من العقار الشائع ، وتوافرت فى الحيازة شروطها ، كان للشريك منع الاعتداء على حيازته بدعاوى الحيازة ، حتى لو كان هذا الاعتداء صادراً من الشركاء الآخرين (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٢٣ ص ١٠١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عم ٤ رقم ٣١ ص ٦٠ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٢ ص ٣٦١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة عمر ٦ رقم ٢٠٨ ص ١٥٢٢) . وانظر محمد على ء فقرة ٢٩٤ - عبد المنعم البدر اء فقرة ١١٢ - إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ .

وله أن يرفع دعوى الاستحقاق يسرد بها حصته الشائعة من يد الغير . ويقصر الدعوى في هذه الحالة على حصته الشائعة فلا يحتاج إلى أن يشترك معه باقي الشركاء^(١) .

على أن كل ما قدمناه ليس في الصميم من أعمال الإدارة ، بل هي أعمال جانبية قل أن تعرض في العمل . أما أعمال الإدارة الرئيسية التي تقع كثيراً في العمل ، وتهدف إلى الانتفاع بالمال الشائع واستثماره ، بإيجار الدار أو سكنها وإيجار الأرض الزراعية أو زراعتها ، فهذه تقتضي في الأصل لإجماع الشركاء المشتاعين ، فيما عدا ما يقرره القانون من استثناء . فيمكن مثلاً أن يجمع الشركاء على إيجار الدار أو الأرض ، وأن يتفقوا جميعاً على شروط الإيجار وعلى المستأجر . فإن تم ذلك ، جرت إدارة المال الشائع على هذا الوجه بإجماع الشركاء^(٢) .

(١) نقض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٥ دالورز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٦٤٩ - بلانيول

وربيير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٩ ص ١٠٦ .

(٢) فإذا أجر جميع الشركاء في الشيوع المال الشائع لأجنبي أو لواحد منهم ، نفذت الإجارة في حقهم جميعاً لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات . وكذلك الحكم لو أجراها واحد أو أكثر أصلاً عن أنفسهم ووكلاءه عن الباقيين ، أو أجراها وكيل عنهم جميعاً (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٥٩) . وكان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، تيسيراً لإدارة المال الشائع ، يقضى بأنه إذا أجر الشريك حصته ، ووضع المستأجر يده على جزء من الأرض المشاعة معادل لها ، فلا يقبل من الشريك الآخر أن يدعى حصول تعرض له في وضع يده من المستأجر ، أو أن يطلب استرداد حيازته منه ، فإن النزاع في هذه الصورة لا يمكن إلا على طريقة الانتفاع ، وهذا محله دعوى محاسبة أو قسمة (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩٢) . وقضى أيضاً بأنه إذا كان أحد الشركاء على الشيوع واضعاً يده على جزء معين تسهيلاً لطريقة الانتفاع ، فهو يمتلك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقي مستنداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن ينزع منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق على الأرض ، بل كل ما له - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو أراد العدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلهذا الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشتري وثأنه في اتخاذ ما يراه كفيلاً بالمحافظة على حقوقه (نقض فني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢٠ ص ٩٩٢) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه متى كان للغير المشتركة ربيع ، فلا محل مطلقاً لاستئجار أحد الشركاء بالانتفاع بالربيع دون باقي الشركاء حتى يفصل في دعوى الحساب التي قد تستغرق زماناً طويلاً . =

ولكن قل أن يتيسر ذلك في العمل ، لاختلاف مشارب الشركاء ، وتفاوت أغراضهم ، وتنوع اتجاهاتهم . فما يريدُه واحد منهم قد لا يريدُه الآخرون ، وقد تريد أغلبيتهم شيئا وتقف الأقلية حائلا دون ما تريدُه الأغلبية (١) .

لم يبق لمواجهة هذا الوضع الغالب إلا أحد أمرين : (١) إما أن يقسم الشركاء المال الشائع بينهم . ماداموا في الشروع ، قسمة مهابة زمانية أو مكانية ، فيتيسر لكل سهم الانتفاع منفردا بالمال الشائع مدة من الزمن . أو يجزء مقرر منه كل الزمن . وهذا يقتضي البقاء على الأصل واشتراط الإجماع ، فلا تجوز قسمة المهابة إلا بإجماع الشركاء المشتاعين . (٢) أو أن يدير الشركاء المال الشائع بطرق الإدارة المختلفة كالإيجار . ولكن لما كان الإجماع متعذرا فإن الأغلبية تكني خروجها على الأصل . وفي هذه الحالة يكفل القانون للأقلية الضمانات الكافية . حتى لا تتحكم فيها الأغلبية .

فلنستعرض إذن فيما يأتي : (أولا) قسمة المهابة . (ثانيا) تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع .

٤٩١ - أولا - قسمة المهابة - نصوص قانونية : تنص المادة ٨٤٦

مدني على ما يأتي :

« ١ - في قسمة المهابة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مقرر يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين .

= كذلك لا مبرر لإبداع الزرع في خزائن الحكومة لما يترتب على ذلك من حرمان الناس من أموالهم ، إلا إذا وجد سبب مشروع يقتضي ذلك . ومن ثم وبالدانة تقتضي صرف صافي ريع العين للشركاء بمجرد تحصيله ، ولا سبيل لتحقيق المساواة بين الشركاء في الانتفاع بأموالهم في هذه الحالة إلا بتحديد نفقة لكل شريك يقدرها القاضي حسب ظروف الدعوى . (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٨ ص ٤٤٧) .

(١) وقد ذلل انتقذين المدني العراقي بعض هذه المقيات بنصه في المادة ١٠٦٣ منه على ما يأتي : « ١ - يجوز لشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا . ٢ - ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته ، فإذا انتفع بالعين كلها في سكن أو مزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذ شركائه ، وجب عليه لهم أجر المثل ، على أنه إذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطى كل شريك حصته من الأجرة المسماة » .

فإذا لم تشرط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد » .

٢ - وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، مالم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهالبة .

وتنص المادة ٨٤٧ مدني على ما يأتي :

« تكون قسمة المهالبة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تناسب مع حصته » .

وتنص المادة ٨٤٨ مدني على ما يأتي :

« تخضع قسمة المهالبة ، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ، لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » .

وتنص المادة ٨٤٩ مدني على ما يأتي :

١ - للشركاء أن يتفقوا ، أثناء إجراءات القسمة النهائية ، على أن يقسم المال الشائع مهالبة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

٢ - فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهالبة ، جاز للقاضي الجزئي إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك ^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٤٦ : ورد هذا النص في المواد ١٢١٤ - ١٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ١٢١٤ - في قسمة المهالبة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز ي ازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء . م ١٢١٥ - ١ - لا يصح الاتفاق على قسمة المهالبة لمدة تزيد على خمس سنين . ٢ - فإذا لم تشرط لها مدة ، حسب مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك شركائه قبل السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد . م ١٢١٦ - إذا دامت قسمة المهالبة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، مالم يتفق الشركاء على غير ذلك . وفي بنية المراجعة أدتبت المواد الثلاث في مادة واحدة من فق تين ، -

مع تعديلات لفظية - بصفة ، تحت رقم ٩١٧ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت العبارة لآتية في آخر الفقرة الثانية : « وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفزراً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، انقضى أثر حيازته لهذا الجزء تستند إلى قصة مهياة » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل تحت رقم ٩١٥ . وفي لجنة الشيوخ أضيفت عبارة « أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد » بعد عبارة « فإذا لم تشترط هامة » لا اردة في الفقرة الأولى . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : « أضافت لجنة إلى الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد » بعد عبارة « فإذا لم تشترط هامة » ، لأن النص وضع حكماً حالة عدم اشتراط مدة ، ولا تختلف عن ذلك حالة انتهاء المدة المتفق عليها دون اتفاق جديد » . وقيل بالنسبة إلى الفقرة الثانية التي تنص بإعتبار قصة المهياة قصة نهائية إذا دامت هذه التهمة خمس عشرة سنة « إن هذا الحكم جاء على خلاف القواعد العامة ، وتحقق النتائج العملية له بالاتفاق أو هذا النزاع بحكم ، ويتبع في أيهما إجراءات الشتم العقارى » . وقد وافقت اللجنة على الفقرة الثانية المذكورة . على أن يكون مفهوماً أن الجزء الذى يملك هو المقسوم قصة مهياة فقط ، أما الباقي من النصيب على الشيوع فيبقى في الشيوع . وانتهى النص بذلك إلى أن أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٤٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٠ - ص ١٣٣) .

م ٨٤٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٧ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩١٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٤ - ص ١٣٥) .

م ٨٤٨ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٨ من المشروع التمهيدي . وكانت هذه المادة تنقسم إلى فقرتين ، خصصت الفقرة الثانية منهما للإثبات ، فجاءت على الوجه الآتى : « ويجوز إثباتها بكل الطرق ، إلا أنه إذا لم تكن ثابتة بالكتابة أو ما يعادلها ، اعتبرت غير محددة المدة » . ووافقت عليها لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليها لمس النواب تحت رقم ٩١٧ . وفي لجنة الشيوخ حذفت الفقرة الثانية ، ألغيت القواعد الدائمة للإثبات في غير حاجة ، وأضيفت إلى الفقرة الأولى عبارة « وطرق الإثبات » ، وهذا أصبح الأصل في هذه الطرق خضعت لها للقواعد الخاصة بإثبات الإيجار إلا إذا تعارضت مع طبيعة قصة المهياة ، وقد روعى في هذا التعديل التمكن لاستقرار المعاملات . وصار النص ، ورقم ٨٤٨ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٥ - ص ١٣٧) .

م ٨٤٩ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٧ - ص ١٤٠) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء كان يحرى على كثير من هذه الأحكام (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨) .
وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ومخلص من هذه النصوص أن قسمة المهايأة إما أن تكون مهايأة مكانية ، أو مهايأة زمانية . وسواء كانت مكانية أو زمانية ، فإن أحكام عقد الإيجار كقاعدة عامة تسرى عليها . وهناك مهايأة تسبق القسمة النهائية . تختص ببعض الأحكام .

٤٩٢ - المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية : كثيراً ما يتفق الشركاء في

الشيوع . تخلصاً من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات ، على قسمة المهايأة لمدة معينة . فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك . ويختص كل منهم بجزء مقرر من المال يعادل حصته في المال الشائع . وبذلك ينهياً لكل منهم أن يحوز ما لا مفرزاً يستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به . فله أن يسكن الدار أو أن يؤجرها ، وأن يزرع الأرض على ذمته أو أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة ، وبوجه عام له أن يستغل ما اختص به مفرزاً من المال الشائع وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره . ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لتخصيصه ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها ، في

— التقنين المدني المصري م ٨٠٠ - ٨٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٠ - ٨٥٣ (مطابق) ، فيما عدا المادة ٨٥٠ من التقنين الليبي فهي

مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من التقنين المصري ، وقد حذفت الفقرة الثانية في التقنين الليبي) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٨ - ١٠٧٩ (موافق ولم ينقل التقنين العراقي الفقرة الثانية من

المادة ٨٤٦ من التقنين المصري) .

م ١٠٨٠ : إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة في المنقل ، ولم يطلب أحدهم إزالة الشيوع ،

فالشريك الذي يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لإجرائها . (وهنا يجعل التقنين العراقي ، خلافاً للتقنين المصري ، قسمة المهايأة في المنقول . دون اعتبار . قسمة قضائية يكفي أن يطلبها أحد الشركاء حتى تقوم محكمة الصلح بإجرائها ، دون حاجة إلى اتفاق جميع الشركاء) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٠ : يجوز أن يتفق الشركاء على أن يتمتع كل منهم

على انفراد بالشيء أو بالحق المشترك على طريقة المناوبة - وفي هذه الحالة يمكن لكل منهم أن يتصرف في حقه الخاص الذي يتمتع به سحابة لمدة معينة لهذا التمتع . سواء أكانت بذلك

حينئذ أن يقدم لشركانه حساباً عما استوفاه - غير أنه لا يستطيع أن يأذن أمراً من شأنه أن ينقص أو يمنع حقوق بقية الشركاء عندما تأتي نوبته في التمتع .

(والتفاني اللبناني يعارض هذه الزمانية دون المهايأة الكافية) .

مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء حتى ، المختص به هذا الشريك .
وهذه هي المهايأة المكانية . ولا يجزئ الاتفاق على هذه المهايأة لمدة تزيد على
خمس سنوات ، فإن زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقضت إلى خمس . ذلك
أن المهايأة المكانية ، وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة ، تبقى شائعا من
حيث الملكية . فيبقى الشيوع قائما مادام المهايأة المكانية ، ولا يجبر شريك
على البقاء في الشيوع في الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات
كما سنرى (١) . ومن ثم لم يجز الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد على خمس
سنوات ، حتى لا يجبر للشريك على البقاء في الشيوع عن طريق المهايأة المكانية
مدة أطول من ذلك . فإذا انقضت المدة المتفق عليها ، جاز تجديدها مدة ثانية
فثالثة وهكذا ، بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات . أما إذا لم يحصل
اتفاق على المدة ، أو انقضت المدة المتفق عليها ولم يحصل الاتفاق على تجديدها
مدة أخرى مع استبقاء المهايأة ، فإن المدة تكون سنة واحدة في الحالتين ،
تتجدد سنة ثانية فثالثة وهكذا إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه
لا يرغب في تجديد المهايأة ، ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل انتهاء السنة
الجارية بثلاثة أشهر على الأقل . ويلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي (م ٣٥)
يحتّم أن تكون مدة إيجار الأراضي الزراعية لا تقل عن ثلاث سنوات ، ولكن
المهايأة لا تخضع لهذا الحكم . فيجوز أن تكون مدتها أقل من ثلاث سنوات .
وقد تتجدد لسنة واحدة ، وذلك لانعدام حكمة النص إذا طبق على عقد
المهايأة (٢) .

والذي يقع في العمل أن المهايأة المكانية تدوم مدة طويلة ، فتتجدد من
مدة إلى أخرى ، وكثيراً ما تدوم خمس عشرة سنة أو أكثر . ومهايأة مكانية
تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهاؤها ، لأكثر دليل على أن
هذه المهايأة هي خير قسمة للمال الشائع ، ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا إلى
التعامل على أساسها . لذلك استحدث التمييز المدني الجديد حكماً في هذا الصدد
فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ مدني كما رأينا على ما يأتي : « وإذا دامت

(١) انظر ما يلي فقرة ٥٣٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٧١ من ١٥٥ حاشي ٣ .

هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية : ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهاياة .^(١) فوضع النص بذلك قاعدتين هامتين : (القاعدة الأولى) أنه إذا حاز شريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس^(٢) أن حيازته لهذا الجزء قامت على أساس قسمة مهاياة سبق إبرامها بين الشركاء . وهذه القاعدة ذات طابع عملي واضح ، فكثيراً ما يصعب الاهتداء ، بعد أن يضع الشريك يده على جزء مفرز ، إلى ما يثبت سبق حصول قسمة مهاياة . فدلّل النص هذه الصعوبة العملية ، وفرض وجود هذه القسمة ، فأعفى الشريك بذلك من هذا الإثبات الشاق . وواضح أن هذه القرينة القانونية لا تتناول إلا الأجزاء المفرزة التي حازها الشركاء ، أما بقية المال الشائع فيبقى على الشيوع^(٣) . (والقاعدة الثانية) أنه متى حاز الشريك جزءاً مفرزاً يعادل حصته في المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وكان هناك ، أو افترض أن هناك ، قسمة مهاياة سابقة قامت الحيازة على أساسها ، فإن قسمة المهاياة تنقلب بمجرد تمام خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية : ما لم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تبرير هذا الحكم ما يأتي : « وتنقلب المهاياة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعي إذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك . وهذا تجديد خطير في المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره . فإن المهاياة المكانية ، التي تلوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهايتها ، هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها . وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة واطمأنوا إلى نتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدماً على أن

(١) وذلك تطبيقاً للمادة ٤٠٤ مدني التي تقضي بأن القرينة القانونية تكون قابلة لإثبات العكس ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٧ - عبد المنعم فرج للصدقة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٨ - وانظر عكس ذلك وأن هذه القرينة القانونية لا تقبل إثبات العكس محمد علي عرفة فقرة ٣٣٩ ص ٤٥٦) .

(٢) انظر مادداً في لجنة لس الشيخ في هذا الصدد أنفاً فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هامش ١ .

قصة المهايأة لا تنقلب إلى قصة نهائية^(١) . فإذا تمت خمس عشرة سنة والمهايأة المكانية لا تزال قائمة لم يرغب أحد في إنهاؤها ، ولم يتفق مقدما على أنها تبقى دائما مهايأة مكانية دون أن تنقلب إلى قصة نهائية ، فإنه بنهاية هذه المدة تصبح المهايأة المكانية قصة نهائية بحكم القانون^(٢) . ولما كانت هذه القصة النهائية لا بد من تسجيلها . شأنها في ذلك شأن أية قصة أخرى ولو أنها تتم بحكم القانون ، فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لها . فإن اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة . سجلت باعتبارها قصة نهائية . ويعتبر تاريخ هذه القصة من وقت انتهاء خمس عشرة سنة ، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية . وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب إلى قصة نهائية ، «دون أثر رجعي» ، فليس مقصودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القصة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف^(٣) ، فهي ككل قصة لها هذا الأثر . وإذا لم يتفق الشركاء على كتابة الورقة التي تعد للتسجيل ، جاز لأي شريك أن يرفع النزاع إلى المحكمة ، وتقضي المحكمة بثبوت القصة النهائية ، ويكون تاريخ القصة هنا أيضاً هو اليوم التالي لانقضاء خمس

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ .

(٢) وبديهي أنه ليس من الضروري أن يضع الشريك يده على الجزء المفروض بنية أنه ملكه بموجب قصة نهائية ، بل يكفي أن يضع يده كشريك منتهي مهايأة مكانية ، فلنا هنا في صدق تلك بالتقادم المكسب (محمد علي عرفة فقرة ٣٩٩ ص ٤٥٦) .

وإذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ، وجب في إبرام عقد المهايأة المكانية أن ينوب عنه وليه أو وصيه أو القيم ، فإذا بق غير كامل الأهلية عند انقضاء خمس عشرة سنة ، فلا تنقلب المهايأة إلى قصة نهائية إلا بعد اتباع الإجراءات الواجب مراعاتها في حالة غير كامل الأهلية (م ٨٣٥ مدني) . انظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٤٤ - محمد علي عرفة فقرة ٣٣٩ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ .

هذا ولا تنقض هذه للقصة بسبب للنزاع كما تنقض للقصة الحاصلة بطريق التراضي ، لأن الأول قصة تتم بحكم القانون (إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩) .

(٣) عبد المنعم البدر أوى فقرة ١١٤ ص ١٤٢ هامش ١ - وقارن محمد علي عرفة فقرة

العشرة سنة ، لا يوم ابتداء المهياة المكانية ، ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم^(١) .

وقد تكون المهياة مهياة زمانية « بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته »^(٢) . فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها يستغلها وحده لمدة سنتين ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا ، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين والآخر لمدة شهر واحد وهكذا . ولم ينظم القانون مدة المهياة الزمانية كما نظم مدة المهياة المكانية ، فتسرى القواعد العامة . ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع كما يشاءان ، بشرط ألا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنين . وتنتهي المهياة الزمانية بانتهاء مدتها ، ويعين الاتفاق هذه المدة وكيف تنتضي .

ولا تنقلب المهياة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها . لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهياة المكانية . فالمهياة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة ، فهي كالقسمة النهائية إلا في أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك . أما المهياة الزمانية فتبقى المال الشائع على حاله دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به ، فهي لا تنهي للقسمة النهائية ، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها .

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ وهامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ . وانظر مادار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفا فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هامش أ .

(٢) وقد قضت المحكمة النقض بأنه إذا كانت المحكة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين في ماكنة لاي والطحن قد استغلاها مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها في عقد الشركة ، ثم عدلا من هذه الطريقة إلى طريقة أخرى . ثم اختلفا بعد ذلك على طريقة الاستغلال ولم يوفقا إلى طريقة ما ، فاضطر أحدهما إلى استغلالها بطريق المهياة الزمنية ، إذ كانت هذه هي الطريقة أنه حيدة الممكنة . فإنه لا يكون هناك حرج في عدم التمويل على الطريقة الواردة في العقد بعد ثبوت المدوز عنها . ويجوز إثبات حصول الانتفاع بطريقة أخرى معينة بجميع وسائل الإثبات ، إذ الأمر أصبح متعلقا بواقعة مادية (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ - جموعة المكاتب الفني في خسة وعشرين عاما جزء أول ص ٢٨٩ - ص ٢٩٠) .

٤٩٣ - تكييف قسمة المهايأة - تطبيق قواعد المهايأة : وكما يمكن

تكييف المهايأة بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية ، كذلك يمكن تكييفها بأنها لمهايأة ، ففي المهايأة المكانية « يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء » (م ١/٨٤٦ مدني) . فهي إذن منفعة في مقابل منفعة ، ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء ، في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى . وفي المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله ، فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع ، في مقابل حصول شركائه . كل في نوبته ، على نصيبه هو في منفعة هذا المال . فالمهايأة إذن ، بنوعها ، هي مقايضة انتفاع بانتفاع ، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون لمهايأة إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار ، كما يكون الثمن في البيع ، نقداً^(١) .

ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار . فنصت المادة ٨٤٨ مدني كما رأينا على أن « تخضع قسمة المهايأة . من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ، لأحكام عند الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » . ولما كان كل شريك من الشركاء في الشيوع ، في التكييف الذي قدمناه ، يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء ، فيجب أن تكون أهلية الشريك في المهايأة بنوعها أهلية كل من المؤجر والمستأجر ، وهي هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف حتى في الاستئجار إذ هو يعتبر في المهايأة من أعمال الإدارة^(٢) . كذلك جواز الاحتجاج بالمهايأة على الغير ،

(١) الديسيط ٦ فقرة ١٢٤ .

(٢) حسن كبيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ١ - إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ هامش ١ - وانظر في أهلية المؤجر وأهلية المستأجر والولاية في كل منهما الديسيط ٦ فقرة ٧٥ - فقرة ٩٦ . ومن ثم لا يجوز للوصي أو القيم أن يعقد مهايأة نيابة عن ناقص الأهلية لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة ، وإذا عقد المهايأة لمدة أطول انقضت المدة إلى ثلاث سنوات (محمد علي عرفة فقرة ٣٤١ ص ٤٥٧ - إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٦) .

كمشتر للمال الشائع ، تطبق فيه قواعد الإيجار . فلا بد من أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع حتى تسرى في حق المشتري (١) . وتطبق أيضاً قواعد الإيجار فيما يتعلق بحقوق المهايئين والتزاماتهم ، فكل شريك متهايئ تكون له حقوق المستأجر من تسليم وتعهد بالصيانة وضمان للتعرض وضمان للعيوب الخفية ، وعليه التزاماته من دفع الأجرة (وهي هنا منفعة حصته) واستعمال العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها وردها عند انتهاء المهايأة . ولكل شريك أن يؤجر من الباطن . وتطبق في هذه الحالة قواعد الإيجار من الباطن . وتطبق أيضاً قواعد إثبات الإيجار ، وقد أصبحت في التقنين المدني الجديد هي القواعد العامة . فتثبت المهايأة بالبينة والقرائن فيما لا يجاوز عشرة جنهات ، وإلا وجبت الكتابة أو ما يعادل الكتابة (٢) .

(١) أما إذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع . ولو كان تاريخها ثابتاً قبل التسجيل ، فلا تنفذ في حق المشتري ، ولكن يجوز لهذا الأخير أن يتسكع بعقد المهايأة ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه (م ٦٠٤ مدني) . ولا يجبر المشتري الشريك المتهايئ على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في مواعيد معينة ، ويلتزم الشريك الذي باع حصته الشائعة بأن يدفع تعويضاً للشريك المتهايئ ، ولا يجبر هذا الأخير على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى هذا التعويض من البائع أو من المشتري أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (م ٦٠٥ مدني) - انظر إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ - حسن كبيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٦ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ .

(٢) وإذا وقعت المهايأة على أرض زراعية ، فإن قانون الإصلاح الزراعي (م ٣٦) الذي يقضي بوجوب أن يكون عقد إيجار الأراضي الزراعية ثابتاً بالكتابة لا مجال لتطبيقه هنا . ذلك أن الكتابة مطلوبة في قانون الإصلاح الزراعي للانعقاد لا للإثبات (الوسيط ٦ فقرة ٧٣٣) ، فلا ينطبق هذا الحكم الاستثنائي على المهايأة لأنه لا يتعلق بالإثبات . وعلى فرض أن الكتابة مطلوبة للإثبات لا للانعقاد - كما يذهب كثير من الفقهاء في مصر وكما تقرر أخيراً بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ - فإننا نؤيد رأي من يذهب منهم إلى أن هذا الحكم الاستثنائي لا ينطبق على إثبات المهايأة إذ هو يتعارض مع طبيعتها . ذلك أن هذا الحكم « خاص بإيجار الأراضي الزراعية ومقصده به حماية طائفة مستأجري الأراضي الزراعية من استغلال الملاك ، فلا يكون مفهوماً تطبيقه على قسمة المهايأة حيث لا تقوم بين المتقاسمين مثل هذه المظنة من الاستغلال » (حسن كبيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ٢) . وانظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٨ هامش ١ (وهو يرى بعد تعديل المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعي بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، أصبحت الكتابة في إيجار الأرض الزراعية لازمة للإثبات لا للانعقاد ، ومن ثم يجب تطبيق حكمها على عقد المهايأة ولا يتعارض طبيعة هذا العقد مع هذا الحكم) - وانظر عكس ذلك أيضاً إسماعيل غانم فقرة ٧١ -

٤٩٤ - **المهاياة التى تسبق القسمة النهائية** : وهناك صورة خاصة من المهاياة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة النهائية . فقد تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع ، وتطول أو يتوقع أن تطول هذه الإجراءات . فيعمد الشركاء إلى الاتفاق فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهاياة ، وفى الغالب تكون المهاياة مكانية . على أن تبقى هذه المهاياة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية . بل يصح ، حتى إذا تعذر اتفاق الشركاء على المهاياة ، أن يطلبها أحدهم من القاضى الجزئى الذى تجرى أمامه إجراءات القسمة النهائية ، فيأمر القاضى بها بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين . وقد يستعين القاضى بخبير فى إجراء هذه المهاياة ، ويغلب أن يكون هو نفس الخبير الذى يستعين به فى إجراء القسمة النهائية^(١) . « وفى هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية »^(٢) .

ونرى من ذلك أن المهاياة المكانية التى تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهاياة المكانية العادية فى أمرين جوهرين : (١) أن الأولى لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعا فهى ليست حتما قسمة اتفاقية ، بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقى ، وعندئذ يتعين على القاضى الجزئى إجراؤها . أما المهاياة العادية : فقد رأينا أنها تكون دائما قسمة اتفاقية ، لا بد فيها من اتفاق جميع الشركاء . (٢) أنه ليس للمهاياة التى تسبق القسمة النهائية مدة معينة ، فهى تلوم إلى أن تنتهى القسمة النهائية ، ولذلك قد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر . أما المهاياة المكانية العادية ، فقد قدمنا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات ، قد تجدد ، وأنه إذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على النحو الذى سبق أن بيناه^(٣) ،

= ص ١٥٦ (وهو مع ذلك لا يذهب إلى تطبيق المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعى فى شقها الأخير على عقد المهاياة لتعارض ذلك مع طبيعة المهاياة ، فإذا لم يكن هذا العقد ثابتا بالكتابة لم تنقلب المهاياة إلى مزارعة مدتها ثلاث سنوات ونصيب المالك فيها النصف) .

(١) انظر م ٨٤٩ مدنى آنفا فقرة ٤٩١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ .

(٣) محمد على عرفة فقرة ٣٤٢ - حسن كبيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٤ هامش ١ .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ينظم صورة خاصة أخرى من المهاياة ، تم هى أيضا بأمر من القاضى بنقله على طلب أحد الشركاء ، وذلك فى حالة ما تكون القسمة النهائية ضارة =

٤٩٥ - ثانيا - تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع - نص

قانوني : تنص المادة ٨٢٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة . فإن لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع » .

« ٢ - وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً » .

« ٣ - وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عدوكيلاً عنهم »^(١)

= بمصالح الشركاء ، فيرجئها القاضي ويستبدل بها قسمة مهايأة إلى أن يتيسر إجراء القسمة النهائية دون ضرر . فكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيد تجرى على الوجه الآتي : « إذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ ، ولم يكن ميسراً أن يدار المال الشائع إدارة مشتركة ، فللقاضي الجزئ ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن يأمر بقسمة المهايأة بعد الاستعانة بخبير أو دون استعانة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨ في الهامش) . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدى المشار إليها في النص تجرى على الوجه الآتي : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشروع حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء في الشروع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة تضر بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة في الحال حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٠) . وقد حذفت هذه الفقرة الثانية في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٢) ، فحذفت تبعاً لها المادة ١٢٢٠ سالفة الذكر في نفس اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . ووافقت لجنة المراجعة بعد تعديل لفظي : تحت رقم ٨٩٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تعديل لفظي تحت رقم ٨٩٧ . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٥ - ص ٨٧) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، وهو نص جديد مستحدث .

ونخلص من هذا النص أنه في إدارة المال الشائع إدارة معتادة ، لا تخلو الحال من أن نكون في أحد الفروض الثلاثة الآتية :
أولاً - أن يتولى أحد الشركاء الإدارة ولا يعترض عليه الباقيون ، فيعد وكيلاً عنهم وكالة عامة بالإدارة .

ثانياً - فإذا لم يتول أحد الشركاء الإدارة ، أو تولاها واعترض عليه الباقيون ، فالإدارة المعتادة تكون في هذه الحالة في يد أغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصبة . فما يستقر عليه رأى هذه الأغلبية في الإدارة المعتادة يكون ملزماً لجميع الشركاء . من رضى منهم ومن لم يرض . ويجوز لهذه الأغلبية أن تعين مديراً لإدارة المال الشائع إدارة معتادة ، ولها أن تضع نظاماً لهذه الإدارة .

ثالثاً - فإذا تعذر وجود أغلبية من الشركاء ، فلائى منهم أن يطلب من القاضى الأمر باتخاذ ما يلزم من التدابير المستعجلة مما تقتضيه الضرورة ، وللقاضى أن يعين عند الحاجة مديراً للمال الشائع .
ونستعرض فيما يلي كلا من هذه الفروض الثلاثة (١) .

٤٩٦ - تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين :

في هذا الفرض ، وهو غير نادر الحصول ، يعتبر أن هناك وكالة ضمنية صدرت من باقى الشركاء إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع ، فيكون هذا الشريك أصيلاً عن نفسه وكيلاً عن باقى الشركاء في إدارة المال الشائع إدارة

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٧ (مطابق) .

التقنين المانى الهراى م ١٠٦٤/٢ و ٣ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٥ : إن الأقلية من الشركاء مجبرة على قبول القرارات

التي تتخذها الغالبية فيما يختص بإدارة الشئ المشترك وكيفية الانتفاع به ، بشرط أن يكون للغالبية ثلاثة أرباع المصالح التي يتكون منها موضوع الشركة - وإذا لم يكن للغالبية ثلاثة أرباعها ، فلشركاء أن يلجأوا إلى القاضى فيقرر ما يراه أكثر انطباقاً على مصلحة الشركة العامة . ويمكنه أن يعين لها مديراً عند الاقتضاء ، أو يأمر بقسمتها .

(وقد نسخ هذا للنص المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى) .

(١) انظر في إيجاز المالك في الشيوع في هذه الفروض الثلاثة الوسيط ٦ فقرة ٥٢ .

معتادة . وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه في حق الشركاء . فيكون إيجاره مثلاً للمال الشائع نافذاً في حقهم^(١) وكذلك قبضه للأجرة . وقيامه بأعمال الصيانة ، ودفعه الضرائب ، وغير ذلك من أعمال الحفظ التي تقدم ذكرها^(٢) . وله أن يزرع الأرض الزراعية ، وأن ينفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات ، وأن يستأجر عمال الزراعة للحرث والتسميد واليذر والحصد ، وأن يشتري ما يلزم من سباد وبنور ، وأن يستأجر الماشي والآلات الزراعية اللازمة ، وأن يحفظ المحصولات بعد جمعها . ثم يبيعها في الأسواق بأثمانها الجارية . وله كذلك . بدلاً من زراعة الأرض على الذمة ، أن يوجرها ، أو أن يعطيها مزارعة . كل هذه أعمال تدخل في حدود الإدارة المعتادة ، وتكون نافذة في حق سائر الشركاء^(٣) .

ويجوز ، بعد أن يتولى الشريك الإدارة دون اعتراض من الباقين ، أن يعترض على إدارته بعض الشركاء ، فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية . فإذا كان الباقي من الشركاء ممن لم يعترضوا على إدارته هم الأغلبية بحسب حصصهم في المال الشائع ، ويدخل في ذلك حصته هو ، بنى الشريك متولياً الإدارة ، ولكن باعتباره معيناً من قبل الأغلبية ، فتسرى أعمال إدارته في حق المعارضين على أساس أنه يمثل الأغلبية كما سرى . أما إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم في المال الشائع لا تقل عن النصف ،

(١) وقد فرض القانون أن عدم اعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من شريك منهم دليل على وجود وكالة سابقة منهم له بالأجير . ومن ثم لا ينشأ الإيجار في حقهم إلا لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، شأن أي إيجار يصدر من الوكيل أو النائب . وهذا بخلاف ما إذا قلنا إن عدم اعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من أحدهم إنما هو إقرار لاحق لا توكيل سابق ، فيتمتع عندئذ أن يسرى الإيجار في حق الشركاء لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات ، لأن الشركاء يكونون قد أقرروا الإيجار بالمدة المحددة فيه (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦١ هامش ١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٨٨ .

(٣) ومن هذه الأعمال ما هو عمل مادي لا تصرف قانوني ، كزراعة الأرض ، فلا ترد عليه الوكالة . فيمكن اعتبار الشريك في هذه الحالة فضولياً ، وإلى هذا المعنى تشير المذكرة الإيضاحية ، لمشروع التمهيدى عندما تقول : « أما إذا لم يختاروا مديراً ، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً عنهم . وهو على كل حال يكون فضولياً فيما لا يكون فيه وكيلاً ، وذلك في حدود قواعد انفضالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٦) .

فإنه لا يصبح ممثلاً للأغلبية ، ومن ثم لا يستطيع المضي في إدارته ، ويجب عليه أن يتنحى (١) .

٤٩٧ - تولى أغلبية الشركاء للإدارة : فإذا كانت هناك أغلبية من الشركاء ، على أساس قيمة الأنصبة ، متفقة على الوجه الذى يدار به المال الشائع ، فهذه الأغلبية هي التى تدير هذا المال ، ولو كانت شخصاً واحداً من الشركاء يملك أكثر من نصف المال الشائع (٢) . وليس لباقي الشركاء ، مهما كان عددهم . أن يعترضوا على إدارة الأغلبية مادامت لم تخرج على حدود الإدارة المعتادة . على الوجه الذى يبناه فيما تقدم . وليس للأقلية أن تعترض إلا إذا كانت الأغلبية قد تعسفت في استعمال حقها في الإدارة . وراعت مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية . لاسيما إذا كانت الأغلبية عدداً قليلاً من الشركاء أو كانت شريكاً واحداً فقط (٣) . وهناك ملجأ آخر تلوذ به الأقلية ،

(١) فإذا أجر العين الشائعة بالرغم من ذلك . استطاع الشركاء الذين اعترضوا إخراج المتأجر من كل العين ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتولى أى جزء منها مهما صغر . وقد كان المتأجر في عهد التقنين المدنى القديم يجوز له . كدائن للشريك المؤجر . أن يتمسك بحقوق هذا الأخير في المشاركة في الانتفاع بالعين المؤجرة . فلا يعتبر في شغله تعين متعزضاً لحيازة باقي الشركاء . بل حالاً محل الشريك المؤجر . فلا يجوز طرده . ويتعين الاتفاق معه على طريقة الانتفاع أو على القسمة قسمة نهائية أو قسمة مهيأة أو تعيين حارس أو مدير يتولى الإدارة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عم ٣ رقم ٣٧ ص ٩٩ - الإسكندرية مستعجل ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥ ص ٩١ : لا يمكن اعتبار المتأجر حائزاً بغير سند . ويكون الفصل في بطلان الإيجار ماساً بحقوق الخصوم ومن اختصاص قاضى الموضوع) . أما في التقنين المدنى الجديد ، فإن أغلبية الشركاء هي التى تملك إيجار العين الشائعة إيجاراً نافذاً في حق الجميع . فلا يكون لشريك الذى أجر وحده حق شغل العين المؤجرة . ويمتنع تبعاً لذلك على المتأجر منه أن يتمسك بحق ليس ثابتاً لمدينه . فيجوز إذن طرده من العين وردها إلى أغلبية الشركاء وإلى المتأجر منهم (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٢ وهامش ٣) .

(٢) فإذا كان أحد الشركاء يملك أكثر من النصف ، كان له وحده حق الإيجار . وإذا كان لا يملك إلا الثلث مثلاً وأجر المال الشائع كله لشريك آخر يملك هو أيضاً الثلث ، كان الشريكان المؤجر والمستأجر موافقين على الإيجار ، ولما كانا يملكان الثلثين فإن الإيجار يسرى في حق باقي الشركاء . وكذلك يسرى الإيجار في حق باقي الشركاء لو أجر الشريكان اللذان يملكان الثلثين العين الشائعة كلها لأجنبى (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٠) .

(٣) حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٥١ وفقرة ٧٢ ص ١٥٨ - عبد المزمع فرج الصدة فقرة ١٢٧ ص ١٩٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٨ ص ١٤١ .

بل يلوذ به أى شريك ، وهو طلب القسمة للخروج من الشيوع .

وقد ترى الأغلبية ألا تدبر المال الشائع بنفسها ، بل تقيم وكيلها عنها ، من بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم ، فى هذه الإدارة . فيكون هذا الوكيل نائباً عن الأغلبية فى حدود الإدارة المعتادة : وأعمال الإدارة التى يقوم بها تكون نافذة فى حق الجميع (١) . وقد ترى الأغلبية عدم إطلاق يد هذا الوكيل . بل تضع نظاماً يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وإدارته على وجه مرضى . فيصبح هذا النظام ملزماً لجميع الشركاء ، وملزماً للوكيل الذى اختارته الأغلبية ، وملزماً لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث ومن خلف خاص كالمشتري . وقد يتضمن هذا النظام قيوداً على سلطة الوكيل ، فلا يستطيع مثلاً أن يوجر المال الشائع لأكثر من سنة ، أو يلزم بإيداع ريع المال فى مصرف معين . وبديهي أن هذا النظام قابل للتعديل ، ويعدله من يملك وضعه ، فيجوز لأغلبية الشركاء — وليس من الضروري أن تكون هى نفس الأغلبية التى قامت بوضع النظام — تعديله أو إلغاؤه ووضع نظام جديد ، أو إلغاؤه أصلاً دون وضع أى نظام آخر .

٤٩٨ — عدم نوافر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع : فإذا لم

تتوافر أغلبية من الشركاء ، بحسب قيمة الأنصباء ، لإدارة المال الشائع ، بل تعارضت ميولهم واختلفت اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية ، لم يبق إلا اللجوء إلى القضاء (٢) . فيجوز لأى من الشركاء أن يرفع الأمر إلى المحكمة —

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩٦ .

(٢) وإذا أجر أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من العين الشائعة يعادل حصته ، فإنه لا يستطيع تسليم هذا الجزء المفرز إلى المستأجر إذا اعترض الشركاء الآخرون . ويكون الإيجار مطلقاً على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المؤجر . فإذا وقع جزء مفرز آخر فى نصيب الشريك المؤجر ، فالرأى الغالب فى الفقه أن ينتقل الإيجار إليه بحكم المحاول العيني المقرر فى التصرف فى جزء مفرز من المال الشائع وفقاً للمادة ٢/٨٢٦ مدنى .

أما إذا أجر الشريك حصته الشائعة فقط ، لأكل العين ولا جزءاً مفزاً منها ، ففى هذه الحالة يكون الإيجار صحيحاً ، ولكن يتعذر على المؤجر أن يسلم حصته الشائعة إلى المستأجر . وإلى أن تقرر بفسخه لا يكون للمستأجر اخصه الشائعة أكثر مما للشريك المؤجر . ويتربط على ذلك أن أغلبية ،

الكلية أو الجزئية بحسب النصاب^(١) - وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات والتدابير التي تقتضيها الضرورة . فقد تأمر بإيجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفاً من فوات الصفقة ، وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار . وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديراً للمال الشائع ، من الشركاء أو من غيرهم . ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائي ، فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة ، ويقدم الحساب للشركاء . وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغليبتهم إلى الاتفاق وعند ذلك يتنحى المدير الذي اختارته المحكمة . أو إلى أن تتم إجراءات قسمة المال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة .

الفصل الثاني

الإدارة غير المعتادة

٤٩٩ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع . أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة . على أن يعلنوا

= الشركاء يستطيعون إيجار العين كلها ويكون الإيجار نافذاً في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه ، ولا يبق للمستأجر إلا الرجوع على المؤجر . فإذا لم توجد أغلبية جاز للشريك المؤجر ، وللمستأجر منه عن طريق الدعوى غير المباشرة . أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع (٨٢٨ مدني) . فتعين المحكمة مديراً يتهل لإدارة العين الشائعة ، وإذا عينته فقد يقر الإيجار الصادر من الشريك المؤجر . أما إذا تمت القسمة ، فإن المستأجر يتسلم حصة المؤجر المفردة . وينحصر الإيجار فيها (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٣ - ص ٦٥) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فإن لم تكن هناك أغلبية ، وشلت الإدارة بسبب ذلك ، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التي يدخل في دائرتها العقار) أن تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم . وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال (مجموعة الأعمال استصورية ٦ ص ٨٦) . ولم يأخذ النص بحمل المحكمة المختصة هي المحكمة الجزئية ، فوجب إذن أن تكون المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب النصاب .

قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

٢ - وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات (١) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق : فهو نص مستحدث . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٣٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٦٥ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « ١ - للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يدخلوا ، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الفرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة . ٢ - وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من الإجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » . وفي لجنة المراجعة اقترح تعديل النص بما يجعل الأغلبية هي ثلاثة أرباع المال الشائع ، وإضافة حكم يقضي بإسقاط بقية الشركاء بقرارات الأغلبية على أن تكون معارضة من لم يوافق على هذه القرارات في خلال شهر من وقت الإعداد . فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح النص مع بعض تعديلات أخرى لفظية طفيفة مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن مدة المعارضة في المشروع هي شهر بدلاً من شهرين ، وأصبح رقم النص ٩٠٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٨ . واستبدلت كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، فأصبح النص تحت رقم ٨٧٩ سابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٨٧ - ص ٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

للتقنين المدني السوري م ٧٨٤ (مطابق فيما عدا اشتراط التقنين السوري أن يكون إعلان قرارات

الأغلبية بكتاب مضمون أو بطريقة أخرى) .

للتقنين المدني الليبي م ٨٣٨ (مطابق) .

للتقنين المدني العراقي م ١٠٦٥ : ١ - لشركاء أصحاب القدر الأكبر في الحصص أن يدخلوا ،

بإذن المحكمة ، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الفرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة غير المعتادة . ٢ - وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسباً من الإجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

ويخلص من هذا النص أن هناك أعمال إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، فهذه تتولاها أغلبية أكبر من الأغلبية المعتادة . ويكون للأقلية غير الموافقة حق الاعتراض عليها أمام المحكمة

٥٠٠ - الأعمال التي تخرج عن حدود إدارة المصادر : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، ما يأتى : « إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة الخارجة عن الأعمال المعتادة ، كإدخال تغييرات أساسية في الغرض الذى أعد له المال لتحسين الانتفاع به . وذلك كتحويل مطعم إلى مقهى . أو إعادة بناء منزل لجعله أصح للاستغلال ، فللأغلبية أن تقرر ما تراه في ذلك ... » (١)

فالأعمال الخارجة عن حدود الإدارة المعتادة هي إذن التعديلات في الغرض الذى أعد له المال الشائع ، وذلك بقصد تحسين الانتفاع به . ففي الأراضى ، يعتبر إدارة غير معتادة تحويل الأرض من أرض للزراعة إلى أرض للبناء إذا كانت تصلح لذلك بالنسبة إلى موقعها ، أو إلى أرض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعى . كذلك يعتبر إدارة غير معتادة تحويل الأرض الزراعية من أرض للمحصولات العادية كالقطن والقمح والأرز إلى أرض مشجرة تغرس فيها أشجار الفواكه المختلفة أو أرض لزراعة الزهور . ولكن تعتبر إدارة عادية ، إذا ما حولت الأرض إلى زراعة الفواكه ، أن يغرس فيها صاحبها النخيل ، أو أن يزرع البقول والخضروات ما بين أشجار الفاكهة ، أو أن يربي اللواجن ، أو أن يبنى أبراج الحمام ، أو أن يجلب خلايا النحل . أما تربية المواشى بما تقتضيه من نفقات كبيرة وخبرة فنية ومخاطر جسيمة ، فقد تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

٥٠١ - ويختلف التفتين المراقى عن التفتين المصرى في وجهين : (١) لا يشترط التفتين المراقى إلا الأغلبية للعادية . (٢) ولكن يشترط من جهة أخرى إذن المحكمة مقدماً قبل القيام بالعمل) .

قانون الموجبات والعقود البنائى م ٨٣٦ : لا تعبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت

تختص : أولاً - بأعمال التصرف وبالأعمال الإدارية أيضاً إذا كانت تمس الملكية مباشرة . ثانياً - بتعديلات جديدة في عقد الشركة أو الشيء المشترك . ثالثاً - بمقتد موجبات جديدة - فى الأحوال المتقدم ذكرها يجب أن يتغلب رأى المعارضين . هل أنه يجوز لشركاء الآخرين أن يستعملوا عند الانتفاء الحق المنصوص عليه فى المادة ٨٦ (اتخاذ الشيء كله لحسابهم الخاص) .

وفي المباني : يعتبر إدارة غير معتادة تحويل المطعم إلى مقهى أو المقهى إلى مطعم ، وإعادة بناء المنزل لجعله أصلح للاستغلال . كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما قدمنا . كذلك يعتبر إدارة غير معتادة تحويل منزل السكنى إلى فندق ، أو إلى بنسيون ، أو إلى شقق مفروشة . وإقامة أحد الشركاء في الشبوع بناء على أرض فضاء شائعة تعتبر إدارة غير معتادة ، سنفردها بالبحث فيما يلي .

٥٠١ - الأغلبية اللازمة لتقرير الإدارة غير المعتادة : والذي يقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة يكون عادة هو نفس المدير للمال الشائع ، يعين على الوجه الذي سبق بيانه (١) . ولكنه في قيامه بهذه الأعمال ، وهي تخرج عن الحدود المألوفة للإدارة المعتادة . في حاجة إلى موافقة أغلبية من الشركاء تختلف عن الأغلبية التي قدمناها في الإدارة المعتادة من وجهين :

(الوجه الأول) الأغلبية المطلوبة للإدارة غير المعتادة ليست هي الأغلبية المطلقة ، أي ما يزيد على النصف على أساس قيمة الأنصبة ، بل هي أغلبية أكبر من ذلك تقتضيها خطورة أعمال الإدارة غير المعتادة . ويحددها صدر الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ مدني ، على ما رأينا ، بأنها أصوات الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع . فإذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه أحد الشركاء ، ويملك ربع المال الشائع مثلاً ، فإنه يكون في حاجة إلى موافقة عدد من الشركاء يملكون نصف المال الشائع على الأقل ، هذا إذا كان هو نفسه موافقاً على العمل . وإذا لم يكن موافقاً ، فلا بد من أن سائر الشركاء . وهم يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ، يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل ، فيصبح المدير ملزماً بالقيام به بالرغم من عدم موافقته . ويصح أن يتنحى ، وتعين الأغلبية العادية مديراً آخر يكون موافقاً على العمل ، ليقوم به . وإذا كان أحد للشركاء يملك ثلاثة أرباع المال الشائع ، فإنه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة على السواء . وليس لأقلية الشركاء ، وهي التي تملك الربع الباقي من المال الشائع المعارضة أمام المحكمة في أعمال الإدارة المعتادة . ولكن لهم حق المعارضة في أعمال الإدارة غير المعتادة على ما سنرى .

(الوجه الثاني) ومع اشتراط القانون هذه الأغلبية لا يبررة ، بل إنه بالإشارة إلى ذلك يكفل للأقلية المتوافقة معها في المرجح ، إلى المحكمة لمصم من قرار الأغلبية . ويلزم القانون الأجنبي المذكورة بأن تعلن قراراتها في شأن الأعمال التي قررت القيام بها كل شرك من الأقلية التي لم توافق . ولم يعين القانون طريقة خاصة للإعلان ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن على الأغلبية إثبات حصول الإعلان ولكل شريك من فريق الأقلية ، في خلال شهرين من يوم وصول الإعلان إليه ، أن يعارض في قرارات الأغلبية أمام المحكمة المختصة .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ مدني كما رأينا : « وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » . فالمحكمة إذن تبدأ بتقدير صواب القيام بالعمل الذي قرره الأغلبية ، وتسمع في ذلك حجج الأغلبية وحجج الأقلية . وقد نرى . بعد سماع حجج الطرفين . ألا توافق على العمل ، فيمتنع على الأغلبية أن تقوم به . أما إذا وافقت المحكمة على العمل ، فقد تضع له شروطا ونحوها بضمانات تكفل إنجازها على وجه مرضي . وقد يبقى العمل . بعد كل ذلك ، غير مأمون العاقبة ، فتحتاط المحكمة لكفالة حقوق الأقلية المخالفة ، وتأمر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية . تطمئن إليها الأقلية فيما إذا تحققت مخاوفها ونج عن العمل خسارة ، فتجد الأقلية في رجوعها بالتعويضات على الأغلبية هذه الكفالة أمامها تضمن هذا الرجوع . ويتبين من ذلك أن مرافقة المحكمة على العمل لا يعني الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بالتعويض ، فيما إذا نتج عن هذا العمل خسارة للشركاء .

٥٠٢ — إقامة أمر الشركاء بناء على جزء مفترز من الأرض المأجرة :

وإذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفترز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فإن هذا الشريك يكون قد أتى بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة

كما سبق القول^(١) . ويترتب على ذلك أن هذا العمل يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة على النحو الذى قدمناه ، أو فى القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة للعمل بعد تمامه .

فإذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء . ولم تقره بعد إقامته ، جاز طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد أن يجبر الشريك البانى على إزالة البناء ودفع تعويض لساير الشركاء عما عسى أن يكون هذا البناء قد ألحق بالأرض من ضرر^(٢) . أما فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعى لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة ، فقد أشفقت محكمة النقض على الشريك الذى بنى فى جزء مفرز من الأرض الشائعة من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يهين له وسيلة يلجأ إليها إلا لإجماع الشركاء وهو أمر متعذر . فقضت بأن لكل من الشركاء على الشروع فى ملكية حقيقية فى حصته الشائعة . ولذلك فإنه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك ، فإنه لا يعد بانياً فى ملك غيره . ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) لا تكون منطبقة على حالته ائتملقها بحكم البناء فى ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية على الشروع فى الجزء الذى حصل فيه البناء ، فإن كل ما له هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المماوك لها على الشروع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة^(٣) . ومعنى ذلك أن الشريك البانى لا يجبر على إزالة البناء ، وعلى الشركاء أن يطلبوا القسمة وينتظروا نتيجةها . فإن وقع الجزء المقام عليه البناء فى نصب

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠٠

(٢) وهذا ما ينهب إليه الفقه الفرنسى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢١ ص ٥٤٩ - بودرى

وشوفو فقرة ٢٦٩ - پلانزيون وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٩ - كولان وكايتان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١٠٣٦ .

(٣) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٢٤ ص ٥٥ - انظر عكس ذلك

وأن لشركاء أن يطلبوا إزالة البناء دون انتظار نتيجة القسمة : استئناف مصر ٣٠ سبتمبر سنة

١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٧ ص ٦٦٠ - مصر الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٧

ص ٦٤٢ - بنى سويف الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ - النشبة

الجزئية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٢ ص ١١٤٨ المنيا الجزئية ٢ يونيو سنة ١٩٤٢

المحاماة ٢٢ رقم ١٩٠ ص ٥٤٨ - استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ .

الشريك الباني . فقد تبين أنه بنى في ملكه . وتسلم له الأرض والبناء معاً . وإن لم يقع هذا الجزء في نصيبه . فالشريك الذى وقع في نصيبه هذا الجزء يكون في حكم صاحب الأرض التى بنى عليها الغير وهو سىء النية ، فتجرى الأحكام المتعلقة بذلك ويكون مخبراً بين طلب إزالة البناء أو اسبقائه بالشروط التى قررها القانون في هذا الصدد . ويصعب الآن التسليم بما قرره محكمة النقض في هذه المسألة ، بعد أن وضع القانون نظاماً تشريعياً يفتح الطريق أمام الشريك الذى يريد البناء في جزء مفروز من الأرض الشائعة ، فما عليه إلا أن يحصل على موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض ، وليس عليه أن يحصل على موافقة الجميع . ولذلك يذهب أكثر الفقهاء في مصر بحق إلى أن الشريك الذى أقدم على البناء دون الحصول على موافقة الأغلبية المطلوبة يجوز إجباره على إزالة البناء والتعويض ، وذلك دون حاجة إلى طلب القسمة ودون انتظار لتأجيلها^(١)

أما إذا وافقت الأغلبية المقررة قانوناً على البناء قبل إقامته ، أو أقرته بعد إقامته^(٢) . فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الأرض الشائعة . ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم جميعاً . وبهذا قضت محكمة النقض ، إذ تقول إن الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير في معنى المادة ٦٥ من القانون المدني (السابق) . فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكته لحصة في هذا البناء . وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبراً في حكم الوكيل^(٣) .

(١) محمد على عرفة فقرة ٢٩٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٩ - إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٥٢ - ص ١٥٣ - عبد المنعم فريج الصدة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ - وص ١٩١ - حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١٤٤ - عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ١٣٧ ص ١٥٨ .

(٢) ونعتبر موافقة أو إقراراً ضمناً علم الشركاء بإقامة البناء وسكوتهم على ذلك دون اعتراض ، أما إذا علموا فاعتراضوا أو لم يعلموا أصلاً فيعتبرون غير موافقين (محمد على عرفة فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ - حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤) .

(٣) نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٠ - وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٩ ص ١٤٩ حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٦ وهامش ٢ .

الفرع الثاني

التصرف في المال الشائع

٥٠٣ - تصرف الشركاء مجتمعين وتصرف الشريك منفرداً : رأينا^(١)

أن المادة ١/٨٢٦ مدني تنص على أن «كل شريك في الشروع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها...» . وظاهر من هذا النص أن للشريك أن يتصرف منفرداً في حصته الشائعة . أما إذا تصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه (م ٢/٨٢٦ مدني) فإن لهذا التصرف حكماً آخر . وقد يتصرف الشركاء مجتمعين - أو تتصرف أغلبية كبيرة منهم (م ٨٣٢ مدني) - في المال الشائع كله ، ولهذا التصرف أيضاً حكمه الخاص .

فالتصرف إذن قد يكون جماعياً فيصدر من الشركاء مجتمعين أو من أغلبية كبيرة منهم ، وقد يكون فردياً فيصدر من الشريك منفرداً .

المبحث الأول

تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم

١٥ - تصرف الشركاء مجتمعين

٥٠٤ - التصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه : إذا أجمع

الشركاء على التصرف في المال الشائع كله . فهذا حقهم ، ويكون تصرفهم صحيحاً نافذاً في بالنسبة إليهم أجمعين . فإذا كانت الأرض شائعة بين شريكين وباعها الشريكان معاً ، فإن هذا البيع إذا سجل ينقل ملكية الأرض إلى المشتري . ولا يمكن أن يكون لقسمة الأموال الشائعة الأخرى بين الشريكين أثر في ذلك . لأن الشريكين لما باعا الأرض الشائعة فقد خرجت من ملكيتهما . ولا يجوز أن تدخل في أية قسمة بينهما بعد ذلك . وإنما يثور البحث في أثر القسمة في التصرفات

(١) انظر آتفا فقرة ٤٨٦ .

التي تصدر من الشريكين وتقرر للغير حقا عينيا غير الملكية ، كحق رهن أو حق انتفاع . فإذا رهن الشريكان معاً الدار الشائعة . واقتسما بعد ذلك الدار والأرض فوقعت الدار في نصيب أحدهما . فإنها تقع مثقلة بحق الرهن . ولا يستطيع هذا الشريك أن يحتج بأنه كان لا يملك من الدار وقت أن رهنها إلا جزءاً شائعاً ، فلا يبقى الرهن على الدار إلا في حدود هذا الجزء أما الباقي فيعتبر رهوناً من شريكه الآخر وقد تبين بعد القسمة أنه غير مالك له فيبطل الرهن الصادر منه . لا يستطيع الشريك أن يحتج بذلك ، بل يبقى الرهن كله قائماً على الدار بعد القسمة . وقد طبق التقنين المدني تطبيقاً تشريعياً هذا المبدأ في الرهن الرسمي . فنصت المادة ١/١٠٣٩ منه على أن « يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكانه قسمته »^(١) . وسبغت هذه المسألة تفصيلاً في الجزء الخاص بالتأمينات ، عند الكلام في الرهن الرسمي .

كذلك إذا تصرف جميع الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع . كان تصرفهم صحيحاً نافذاً في حق الجميع ، أيا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . فلو أن أرضاً كانت شائعة بين ثلاثة بالتساوي . ورهن الثلاثة من الأرض جزءاً مفرزاً يعادل ثلثها ، فإن هذا الرهن يلزمهم جميعاً . وإذا اقتسموا الأرض كلها بعد ذلك ، ووقع الثلث المفرز المرهون في نصيب أحدهم . لزمه الرهن . ولم يستطع أن يحتج بالقسمة على الدائن المرتهن بدعوى أنه لم يرهن من الثلث المفرز إلا ثلثه .

٥٠٥ - أنواع التصرف وما قدمناه لا يصدق على الرهن الرسمي وحده . بل يصدق أيضاً على رهن الحيازة . كذلك ينطبق المبدأ في حالة تقرير

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٧٤ - منصور . معطى منصور فقرة ٦٣ ص ١٥١ - حسن كيرة فقرة ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٩٧ - شمس الدين الأكيلى في نظريته التأمينات طبعة ثانية سنة ١٩٥٩ فقرة ٤٤ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ .

وانظر في أن المادة ١/١٠٣٩ ما في تتضمن حكماً استثنائياً يبرى على الرهن الرسمي دون رهن الحيازة : شفيق شحاتة في النظرية العامة للتأمين البيئي طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ١١٠ - سليمان مرسي في التأمينات العامة ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - عبد الوهاب في التأمينات ص ١٠٨ .

حق عيني أصلى على المال الشائع من جميع الشركاء . كتقرير حر . انتفاع
أو حق ارتفاق^(١) .

§ ٢ - تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء

٥٠٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣٢ مدني على ما يأتي :
« للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع . أن يقرروا
التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم
إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة ، خلال
شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة . عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة
بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا »^(٢) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وهو نص استحدثه التقنين
المدني الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري م ٧٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤١ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١/١٠٦٢ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٦^(٣) .

(١) إسماعيل غانم فقرة ٧٤ - حسن كبيرة فقرة ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ -
شمس الدين الكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٤ و فقرة ١٦٨ ص ٤٥٧ - ص ٤٦٠ .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٠ من المشروع التمهيدى على أنه جاء الآتى :
« للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال الشائع ، أن يقرروا وجوب التصرف
فيه ، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية . ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة ،
وللمحكمة أن تقدر ، تبعا للظروف ، ما إذا كان التصرف واجبا . بعد أن نتبين أن قسمة المال
الشائع ضارة بمصالح الشركاء » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بعض تعديلات لفظية ، وأضيف
إليه حكم يقضى بوجوب إعلان قرارات الأغلبية لبقية الشركاء ، ولمن خالف هذه القرارات حق
الرجوع إلى المحكمة في خلال شهر من وقت الإعلان . فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين
المدني الجديد ، فيما عدا أن حق الرجوع إلى المحكمة في المشروع يكون في خلال شهر ، وأصبح
رقم النص ٩٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠١ . وفي لجنة المس
الشيخ استبدلت كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، تمشيا مع ما سبق أن تقرر في مادة سابقة ،
وأصبح رقم النص ٨٣٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦
ص ٩٤ - ص ٩٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وبمخلص من هذا النص أنه بالرغم من أن التصرف في المال الشائع يقتضي اتفاق جميع الشركاء ، إلا أنه قد تعرض ظروف هامة وتقوم أسباب قوية تستدعي التصرف في هذا المال . ومع ذلك يتعذر لإجماع الشركاء على التصرف : فتدخل المشرع في هذه الحالة الاستثنائية . وأجاز لأغلبية كبيرة من الشركاء أن تقرر التصرف في المال الشائع ، مع إعطاء الأقلية غير الموافقة الضمانات الكافية .

٥٠٧ - الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في المال الشائع :

قد يسوء استغلال المال الشائع وهو باقٍ على الشيوخ ولا توجد طريقة لتلافي هذا النقص . ويظهر من جهة أخرى أن قسمة المال بين الشركاء ضار بمصالحهم . فعندئذ يتبين أن الأجدى . ليس هو بقاء الشيوخ أو القسمة ، بل هو التصرف في المال الشائع . وقد توافقت فرصة يستطيع معها التصرف في المال الشائع في صفقة رابحة . يخشى من فوائدها وألا تعود . وقد تتعذر إدارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التي هيأها القانون لإدارته ، وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء ، ويكون التصرف في المال لأجنبي هو خير وسيلة لقسمة . وقد تحتاج العين الشائعة إلى تعبير يستدعي نفقة ، ولا سبيل إلى الحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن العين . بل قد يتبين أن هناك طريقة أفضل لاستغلال المال الشائع ، كأن تكون أرضاً مثلاً وفي إقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها ، والحصول على المال اللازم لإقامة المباني يقتضي رهن الأرض . هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسباباً قوية تستدعي التصرف في العين الشائعة ، تارة بالبيع وطوراً بالرهن .

— التقنين المدني السوري م ٧٨٧ (مطابق) ، فيما عدا أن تبليغ القرارات إلى باقي الشركاء في التقنين السوري يكون بكتاب مضمون أو بطريقة رسمية أخرى) .
التقنين المدني الليبي م ٨٤١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/١٠٦٢ كل واحد من الشركاء أجنبي في حصصه الآخر . وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرراً بأي وجه من غير رضاه .
 (والتقنين العراقي لا يميز للأغلبية ، مهما بلغت ، التصرف في المال الشائع) .
قانون الميراثات والميراثات اللبناني م ٨٣٦ (انظر آتفاً فترة ٤٩٩ في الهامش)

وكانتصرف في العين الشائعة كلها التصرف في جزء مفرز منها . فتقوم أسباب قوية تستدعى ، ليس التصرف في جميع العين الشائعة ، بل في جزء مفرز منها فقط ، ويتعذر إجماع الشركاء على هذا التصرف فيجوز للأغلبية صالفة الذكر . من باب أولى ، التصرف في هذا الجزء المفرز .

٥٠٨ - الأغلبية الموزنة لتقرير التصرف في المال الشائع : وما دام

إجماع الشركاء متعذراً ، والتصرف تقوم به أسباب قوية ، فلا بد إذن من الترخيص في شرط الإجماع والاكتفاء بأغلبية كبيرة وذلك في مصاحبة جميع الشركاء .

ويشترط القانون أن تكون هذه الأغلبية هي عدد من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع . وهذه هي نفس الأغلبية المقررة في الإدارة غير المعتادة فيما قدمناه^(١) . والعدد الذي يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيراً أو قليلاً ، بل قد يكون شريكاً واحداً . فإذا ملك شريك ثلاثة أرباع المال الشائع ، كان له أن يقرر وحده التصرف في هذا المال إذا قامت أسباب قوية تدعو إلى ذلك .

٥٠٩ - الضمانات العطاء للمؤقتة : ولم يترك القانون الأقلية دون حماية ،

كما حماها في خصوص الإدارة غير المعتادة على ما قدمناه^(٢) . فالقرار الذي يصدر من الأغلبية بالتصرف في المال الشائع لا يكون نافذاً فوراً ، بل يجب على الأغلبية إعلانه للأقلية . ويكون الإعلان بأية طريقة : ورقة على يد محضر ، أو كتاب مسجل أو غير مسجل ، أو إخطار شفوي ويقع عبء إثباته على الأغلبية . ولأى شريك من فريق الأقلية ، في خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار الأغلبية ، أن يعارض في هذا القرار أمام المحكمة المختصة^(٣) . والمحكمة تستوثق أولاً من قيام أسباب قوية تستدعى التصرف في العين الشائعة ، فإن لم تقتنع بذلك ألغت قرار الأغلبية .

أما إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية ، فإنها تنتقل بعد ذلك إلى النظر

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٠١ .

(٣) فإن لم يعارض أحد في خلال شهرين ، أصبح قرار الأغلبية نافذاً وملزماً للأقلية .

فما إذا كان من الممكن قسمة العين قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشروع وإطلاق يد كل واحد منهم في نصيبه مفرزاً ، فلا يعود الأمر في حاجة إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية . والمشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣٢ صريح في هذا المعنى ، إذ يقول : « وللمحكمة أن تقرر ، تبعاً للظروف ، ما إذا كان التصرف واجباً ، بعد أن تبين أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء » . فتقدير المحكمة ما إذا كان التصرف واجباً يأتي بعد تبينها أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، وإذا كان النص الذى استقرت عليه المادة ٨٣٢ مدنى ، وهو يقول « وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر .. » ، قد غير من ترتيب العبارات . فإنه لم يقصد تغييراً في المعنى ، بل إن هذا التغيير قد وصف بأنه مجرد تعديل لفظي^(١) . فإذا رأت المحكمة أن القسمة العينية لا تضر بمصالح الشركاء ، أمرت بها ، ولو من تلقاء نفسها ، دون أن يطلبها أحد من الشركاء^(٢) .

أما إذا تبينت المحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء ، فإنها تنتقل أخيراً إلى تقرير ما إذا كان التصرف الذى قرره الأغلبية تصرفاً حكماً تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح . فهى في النهاية تقدر ، تبعاً للظروف ، « ما إذا كان التصرف واجباً » . فإن رأت أنه واجباً أمرت به ، ونفذته الأغلبية وفقاً للقرار الذى اتخذته في هذا الشأن ، بعد أن أعطيت الأقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار . وإن تراه المحكمة واجباً ، ألغت قرار الأغلبية ، ولم يعد التصرف ممكناً بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء^(٣) .

(١) انظر آتفا فقرة ٥٠٦ في الهامش - وانظر في هذا المعنى محمد كامل ، ص ٢ فقرة ٦٧ ص ١١٤ - مد على عرفة فقرة ٣٠٣ مكررة ص ٤٠٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٧ ص ١٦٨ - حسن كبيرة فقرة ١١٢ ص ٣٦٣ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٤ ص ١٥٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأن المحكمة لا تنقض من تلقاء نفسها بالقسمة العينية ، بل يجب أن يطلب القسمة أحد الشركاء : إسماعيل غانم فقرة ٧٥ ص ١٦٣ - ص ١٦٤ - عبد المنعم فرج للعدة فقرة ١٣٣ .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في المعان التى قدمناها ما يأتي : « سار المشروع في تنليب رأى الأغلبية إلى حد بعيد ، إذ أجاز لأغلبية أعلى من الأغلبية المعتادة -

المبحث الأول

تصرف الشريك منفردا

٥١٠ - تصرف الشريك في حصته الشائعة وتصرف في شيء مفروز :
 قد منّا (١) أن الشريك قد يتصرف منفردا في حصته الشائعة وهذا هو الغالب ، وقد يتصرف منفردا كذلك في شيء مفروز . إما في جزء مفروز من المال الشائع أو في المال الشائع كله .

المطلب الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

٥١١ - حكم هذا التصرف وما يترتب عليه من جواز استرداد السواء للحصة الشائعة : نبين فيما يلي حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة ، ثم نبين ما يترتب على هذا التصرف من جواز استرداد باقي الشركاء لهذه الحصة إذا كانت شائعة في متقول .

§ ١ - حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة

٥١٢ - صحة التصرف وقبضه في حق باقي السواء : يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف . وقد رأينا أن المادة

- (شركاء بمكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال) أن تصرف في المال الشائع بالبيع أو المقايضة مثلا ، إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى ذلك ، كأن يكون هذا التصرف في مصلحة الجميع ، أو أن يكون استغلال المال الشائع في حالته التي هو عليها متعذرا . وقرار الأغلبية ملزم للأقلية ، إلا أن هؤلاء حق التنظيم إلى الحكمة . ولهذا أن تراجع قرار الأغلبية . ولا تقره إلا إذا رأت أنه يحقق المنفعة ، وأن الاتجاه إلى إنهاء الشيوع عن طريق قسمة المال المشاع ضار بمصالح الشركاء . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠٣ .

١/٨٢٦ مدني تنص على أن كل شريك في الشروع يملك حصته مركزاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها.. (١).

فيجوز للشريك أن يتصرف في حصته معاوضة كأن يبيعها أو يثبث عليها ، أو تبرعاً كأن يهبها .

ويجوز أن يصدر التصرف إلى أحد الشركاء الآخرين أو إليهم جميعاً (٢) ، كما يجوز أن يصدر إلى أجنبي من غير الشركاء (٣) . وفي حالة التصرف إلى أجنبي ، يجوز لباقي الشركاء أن يستردوا الحصة المبيعة في المنقول كما سترى . ومتى تم التصرف ، كان صحيحاً نافذاً في حق باقي الشركاء . دون حاجة إلى أي إجراء آخر . فليس ضرورياً أن يعلن التصرف إلى باقي الشركاء أو أن يوافقوا على التصرف . كما في حالة الحق . لأننا هنا في صدد حق عيني لا حق شخصي . ولكن إعلان باقي الشركاء بالتصرف يكون مفيداً . إذ يجعل ميعاد الحق في الاسترداد في المنقول أو الحق في الأخذ بالشفعة في العقار يسري على هؤلاء الشركاء .

ويترتب على التصرف في الحصة الشائعة أن محل المتصرف له — المشتري أو الموهوب له مثلاً — محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ، ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلاً من الشريك المتصرف . ويلاحظ أنه

(١) انظر آتفاً فقرة ٨٦ ؛ .

(٢) وإذا صدر التصرف من شريك إلى شريك . وترتب على ذلك أن زالت حالة الشروع ، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية ، كما لو بيع المال الشائع كله لأحد الشركاء . انظر في ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨١ - ص ١٨٢ وكذلك هامش ٢ من ص ١٨٢ والمراجع المشار إليها .

(٣) ويكون هذا تصرفاً في حصة شائعة ولو كان الشريك البائع واضعاً يده على قدر مفرز (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ - مجموعة المكتب الفني في حصة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩١) . وإذا جاوز الشريك البائع مقدار نصيبه الشائع ، كان البيع غير نافذ في حق باقي الشركاء فيما جاوز هذا النصيب (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٩ - مجموعة المكتب الفني في حصة وعشرين عاماً جزء أول ص ٢٧٥) .

ولا يمنع الشريك من التصرف في حصته الشائعة اتفاده مع شركائه الآخرين عن البقاء في الشروع مدة معينة ، فهذا الاتفاق إنما يمنعه من طلب التهمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، ولا يمنعه من التصرف في حصته الشائعة . ويتفقد المشتري لهذه الحصة ، باعتباره خللاً خاسراً . بالاتفاق على البقاء في الشروع المدة المعينة في الاتفاق . انظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨٨ - ص ١٧٩ .

يجب تسجيل التصرف إذا كانت الحصة الشائعة عقارا حتى تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه . ويستوى في ذلك أن يكون هذا العقار قائما بذاته أو داخلا في مجموع من المال كما لو تصرف الوارث في نصيبه الشائع في التركة وكانت التركة تشمل على عقارات (١) .

وكما يجوز للشريك التصرف في كل حصته الشائعة . يجوز له كذلك أن يتصرف في بعضها شائعا . فإذا كان مثلا يملك في المال الشائع النصف . جاز له أن يبيع نصف هذه الحصة ، فيبيع ربع كل المال الشائع . ويدخل المشتري شريكا في المال الشائع بقدر الربع مع سائر الشركاء . ومنهم الشريك البائع الذي يبقى شريكا بقدر الربع بعد أن باع نصف حصته الشائعة .

وإذا كانت العين الشائعة داخلة في مجموع من المال الشائع ، كما لو كانت دارا داخلة في تركة . وباع الوارث حصته الشائعة في الدار وحدها دون سائر الأموال الشائعة . جاز ذلك ، وحل المشتري محل الوارث شريكا في هذه الدار مع سائر الورثة . ولا بد ، في هذه الحالة ، لإزالة الشبوع . من إجراء قسمتين : القسم الأولى بين المشتري وسائر الورثة في الدار التي أصبح المشتري شريكا فيها ، والقسم الثانية الأخرى بين الوارث الذي باع حصته في الدار وسائر الورثة في بقية أموال التركة . ونجيبا لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات بأنه لا يجوز التصرف في حصة شائعة في مال داخل في مجموع إلا باتفاق الشركاء (٢) . وذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن التصرف صحيح ولكن أثره يتوقف على نتيجة القسم ، فإن وقعت العين التي تصرف الوارث في حصته الشائعة فيها في نصيب هذا الوارث صح تصرفه في حصته ، وإن وقعت في نصيب غيره من الورثة تبين أن الوارث لم يكن مالكا للحصة التي باعها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اشترى شخص من أحد الشركاء نصيبه أو بضمه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسم ، اعتبر المشتري من الغير ، وبالتالي لا يحتاج عليه بهذه القسم . يستوى في ذلك أن يكون شراؤه سابقا على إجراء القسم أم لاحقا لها ، ويصيح في الحالين شريكا في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشترى . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسم التي تجري بخصوص هذا العقار قسما أو اتفاقا ، بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسم التي تمت دون أن يكون طرفا فيها (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٣) .

(٢) انظر المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدني الألماني .

وكان حكم بيعه لهذه الحصة هو حكم بيع ملك الغير^(١). ولكن محكمة النقض في مصر ذهبت إلى عكس هذا الرأي . وقضت بأن للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصته شائعة في بعض العقارات ، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعة ، ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان^(٢).

٥١٣ - ترتيب من عني أصل على الحصة الشائعة : أهم الحقوق العينية الأصلية - عدا حق الملكية - هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر. أما الحكر فمستعصى طبيعة الشيوع عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يربط حق حكر على حصته لأن الحكر يقتضي البناء أو الغراس في أرض مفرزة . هذا إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة . والأرض الموقوفة لا تكون شائعة ، بل هي مملوكة للوقف. وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة ، فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يربط على حصته الشائعة حق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق أعمالا لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز^(٣). وقد رأينا^(٤) أنه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع أن يربطوا معاً حق ارتفاق على هذا العقار ، ويبقى حق الارتفاق على العقار كله أياً كانت نتيجة القسمة^(٥).

(١) Jonasco - Vincent - ١٠٢ - في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٢٨٤

وما بعدها .

(٢) نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ - موعة أحكام النقض ٩ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨٠ وهاش ٢ - حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٠ هاش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٤ هاش ١ .

(٣) عبد المنعم البدر - فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ - إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هاش ٢ - حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هاش ١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٠٥ .

(٥) وكما لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على حصة شائعة كذلك لا يجوز ترتيبه لمصلحة حصة شائعة ، لأن حق الارتفاق غير قابل لتجزئة (بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ - عبد المنعم البدر - فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ - إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هاش ٢ - حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هاش ١) .

بقي حق الانتفاع . وهذا يمكن دون شك لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته . ويكون لصاحب حق الانتفاع في الحصة الشائعة جميع الحقوق التي ينحصرها هذا الحق بما يتلاءم مع الشيوع . فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء في المال الشائع^(١) ، وتسرى أحكام الإدارة المعتادة في المال الشائع هنا . وإذا اقتضى شأن من شؤون هذه الإدارة أغلبية الشركاء اعتد برأي صاحب حق الانتفاع لا برأي الشريك صاحب الرقبة . أما فيما يجاوز الإدارة المعتادة إلى الإدارة غير المعتادة ، وكذلك في أعمال التصرف وفي طلب القسمة . يكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الشأن في ذلك ، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع^(٢) . وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشيوع : آتت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقبة وعاد يمارس جميع حقوق الشريك . أما إذا بقي حق الانتفاع قائماً بعد انقضاء الشيوع ، بأن قسمت العين الشائعة مثلاً ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك صاحب الرقبة ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحاحل العيني^(٣) .

(١) وعلى هذا الأساس يستطيع صاحب حق الانتفاع أن يتفق مع سائر الشركاء على مهياة مكانية أو زمانية ، فإن هذا الضرب من القسمة يدخل في شؤون الإدارة المعتادة ، ولكن يلزم إجماع الشركاء عليه كما قدمنا ، ويدخل في هذا الإجماع صوت صاحب حق الانتفاع دون صوت الشريك صاحب الرقبة . ولكن قسمة المهياة المكانية التي تتم باتفاق مع صاحب حق الانتفاع لا تنقلب بعد خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ، لأن الشريك صاحب الرقبة ، وهو وحده الذي يملك القسمة النهائية ، لم يكن طرفاً في المهياة المكانية . وإذا كانت المهياة قد تمت من قبل أن يتقرر حق الانتفاع ، فإن صاحب هذا الحق يلتزم بها ، فإذا كانت مهياة مكانية ودامت خمس عشرة سنة فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية إذ أن الشريك صاحب الرقبة قد كان طرفاً فيها قبل أن يرتب حق الانتفاع - انظر حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هامش ٢ .

(٢) إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هامش ٢ - حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠١ - ص ٤٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ .

(٣) وهذا ما يصح الأخذ به طبقاً للنظرية الحديثة في الحلول العيني (انظر آنفاً فقرة ١٥٧ وما بعدها) . فقد قدمنا عند الكلام في هذه النظرية أن حق الانتفاع ينتقل من الشيء إلى عوضه بحكم الحلول العيني (م ١/٩٩٤) . ونقيس هنا على حالة الشيء المحل بحق الانتفاع وحلول ما يقوم مقامه من عوض مكانه بحكم الحلول العيني (انظر آنفاً فقرة ١٦٢ في آخرها) حانة انقلاب المال المحل بحق الانتفاع من حصة شائعة إلى مال مفرز .

٥١٤ - ترتيب من عيني نبي على الحصة الشائعة : الحقوق العينية

التبعية هي حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز . ويجوز أن يترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة .

فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله . فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التي باعها ، سواء كانت عقارا أو منقولا ، بما يتبقى له من الثمن .

ويجوز أن يترتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة في عقار على اختصاص بهذه الحصة . إذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانونا .

ويجوز كذلك أن يرهن صاحب الحصة الشائعة في عقار حصته رهنا رسميا وقد نصت المادة ٢/١٠٣٩ مدني صراحة على جواز ذلك فقالت : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة ... »

ويجوز أخيراً أن يرهن صاحب الحصة الشائعة حصته رهن حيازة ولا يحول دون ذلك أن رهن الحيازة يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذاً في حق الغير ، فإن الحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلاً للحيازة . ويحقق ذلك مثلاً فيما إذا وضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن رهن حيازة ، فيحوزه بصفته دائناً مرتهناً بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي ارتهنها ، وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة إلى باقي الحصص . كذلك قد يوضع المال الشائع كله تحت يد أحد الشركاء الآخرين أو تحت يد أجنبي ، فيحوزه بصفته عدلاً بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة ، وبصفته مديراً بالنسبة إلى باقي الحصص . وقد يكون المال الشائع مقسوماً بين الشركاء قسمة نهائية ، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المقرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة المهايأة . وهكذا نرى أن هناك صوراً متعددة لحيازة الحصة الشائعة حيازة مادية ، ويترتب على ذلك أن شيوع الحصة لا يمنع من إمكان رهنها رهن حيازة^(١) كما قدمنا .

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣٠١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢٦ - بساميل غانم فقرة

٨١ ص ١٨٢ - ص ١٨٣ - حل كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هاش ٣ - عبد المنعم فوج الصدة

وإذا بقي الشبوع حتى حل الدين المضمون بأحد هذه الحقوق العينية للتبعية ، فحل الموجل من الثمن في حق الامتياز ، أو اعتمزم الدائن التنفيذ بحقه على الحصة الشائعة التي أخذ عليها حق اختصاص ، أو حل الدين المضمون برهن رسمي أو رهن حيازة حملت به الحصة الشائعة ، فإن الدائن ينفذ على الحصة الشائعة وهي لا تزال في الشبوع . فتباع هذه الحصة جبراً على صاحبها ، ويحل الراسي عليه المزداد محل الشريك صاحب الحصة ويصبح شريكاً مكانه مع سائر الشركاء في المال الشائع . ولا يوجد نص في القانون المصري ، كما وجد هذا النص في القانون الفرنسي (م ٢٢٠٥ مدني فرنسي) ، يمنع من التنفيذ على الحصة الشائعة ويوجب إفرازها قبل التنفيذ عليها .

أما إذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه ، فإن في التقنين المدني المصري نصاً في هذه المسألة في خصوص الرهن الرسمي . إذ تقول المادة ١٠٣٩/٢ مدني : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار .. ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل .. » ونرى من هذا النص أن العقار المفرز الذي يقع بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن لحصته الشائعة رهناً رسمياً في عقار واحد من عقارات متعددة شائعة يحل حلولاً عينياً محل الحصة الشائعة المرهونة ، وينتقل الرهن الرسمي إليها^(١) . وسنتناول هذا النص

=فقرة ١٣٧ ص ٢١٠- منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٢ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ٤٣٥ - شمس الدين الوكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ١٦٨ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١ . (١) ويعتبر من تطبيقات الحلول العينية ، ليست فحسب هذه الصورة ، بل أيضاً صورة ما إذا كان هناك عقار شائع واحد رهن أحد الشركاء فيه حصته على الشبوع ، ثم قسم العقار على الشركاء . فينتقل الرهن من حصة الشريك الشائعة إلى نصيبه المفرز ، ويكون ذلك بفضل الحلول العيني ، وقد سبق أن قررنا هذا الحكم في خصوص انتقال حق الانتفاع من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز الذي حل لها (انظر آفا فقرة ٥١٣ في آخرها وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٧) . ويذهب كثير من الفقهاء إلى أن ورود الرهن بعد القسمة على الجزء المفرز بالأثر من الحصة الشائعة لا يعتبر من قبيل الحلول العيني ، بل هو مجرد أنه طبيعي للقسمة (إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٣ - حسن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٣ هامش ١ - عبد المزم فرج الصدة فقرة ١٣٧ ص ٢١٠ - شمس الدين الوكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١ - وانظر عكس ذلك وأن المال المفرز يحل حلولاً عينياً محل الحصة الشائعة منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٦ هامش ٢) .

بالشرح المنصل عند الكلام في الرهن الرسمي . وقد قدمنا أن كلا من حق الاختصاص وحق الامتياز وحق رهن الحيازة يسرى عليه نفس الحكم المقرر في الرهن الرسمي^(١) .

وغنى عن البيان أنه إذا وقع العقار المرهون حصة شائعة فيه بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن ، تركز الرهن (أو الاختصاص أو الامتياز) على هذا العقار في الحصة الشائعة التي رهن ابتداء^(٢) .

= ونحن نفضل الأخذ بفكرة الحاول العيني وأن المال المفروز يحل حلالا عينيا محل الحصة الشائعة . ذلك أن حق الرهن لما وقع على الحصة الشائعة ، كان محله هذه الحصة ذاتها . ولا نقف عند الاعتراض القائل بأن الحق العيني لا بد أن يتركز على شيء مادي ، فخاصية الشيوع هي بالذات هذه الحصص الشائعة التي ينقسم إليها حق الملكية ، مع عدم انقسام المال الشائع . فإذا رهن الشريك حصته الشائعة ، فإنه يكون بذلك قد رتب حق الرهن على هذه الحصة الشائعة لا على المال الشائع . فإذا قسم المال الشائع ، ووقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفروز ، فإن هذا الجزء المفروز يكون شيئا آخر غير الحصة الشائعة التي كانت للشريك من قبل ، ويحل محلها حلالا عينيا ، ومن ثم ينتقل الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفروز بموجب الحلول العيني (انظر آنفا فقرة ٤٨٥ في هامشها الأخير) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٢ - ويشترط بطبيعة الحال أن يكون قد وقع في نصيب الشريك الراهن عين تثيل نوع الرهن الذي صدر منه ، فإن كان الرهن رهنا رسميا ووقعت في نصيبه منقولات فلا يجوز أن ينتقل إليها الرهن الرسمي . وقد تمتد القسمة عينيا فيبيع المال الشائع ، ويكون للشريك الراهن جزء من ثمنه ، أي مبلغ من النقود ، فلا يكون له دائن المرتهن في هذه الحالة إلا أن ينفذ على هذا المبلغ . وليس له تتبع المتاردي الراسي عليه المزايد ، فإن العقار قد تظهر من الرهون بموجب حكم مرسى المزايد (محمد علي عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٧ - ص ٣٩٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٥ ص ١٥٤ - ص ١٥٥ و فقرة ١٣٠ - إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٤ - ص ١٨٥) .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ - ديلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات العينية والشخصية فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦ - سليمان مرقس في التأمينات العينية فقرة ٤٩ ص ٧٩ - محمد علي إمام في التأمينات العينية والشخصية فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٤ - محمد علي عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٩ - انظر عكس ذلك وأن العقار كله لا حصة منه فقط يصبح مرهونا لدى باج ودكرز فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦ - أحمد سلامة في التأمينات العينية - الرهن الرسمي فقرة ٥٠ ص ١٧٣ .

وانظر الأستاذ منصور مصطفى منصور ، ويقترح من الناحية التشريعية تعميم القاعدة الواردة في المادة ١٠٣٩/٢ مدني في خصيص رهن الحصة الشائعة ، فتسرى على كل حق أو قيد عيني يرد على حصة الشريك في الشيوع ، فينتقل الحق أو التثيد ، بحكم الحلول العيني ، من الحصة الشائعة إلى ما حل محلها بموجب القسمة من مال مفروز (منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٧) .

§ ٢ - استرداد الحصة الشائعة

٥١٥ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣٣ مدني على ما يأتي :

١ - للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل تقسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق المارمة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، وبحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .

٢ - وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٦٢/٥٦١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٢ - وفي التقنين المدني العراقي

لا مقابل - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٨ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع كان يجعل ميّعاد إعلان الرغبة في الاسترداد شهراً من يوم إعلان الشريك بالبيع . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٠٤ في المشروع النهائي ، بعد أن عدلته فجعلت الميّعاد ثلاثين يوماً من يوم العلم أو الإعلان . ووافق لمس النواب على النص تحت رقم ٩٠٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٧ - ص ٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٦٢ / ٥٦١ : يجوز للشركاء في الملك قبل قسمته بينهم أن

يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم لغيره ، ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد في أن الأول يجعل الاسترداد في المنقول والعقار ، فيتزاحم في العقار حق الاسترداد وحق الشفعة) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٨ : إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة من شخص

آخر ، فليسائر شركاء أن يتذرعوا بحق الشفعة وفقاً للأحكام القانونية المختصة . (وقد عمم القانون اللبناني أحكام الشفعة فجعلها في العقار وفي المنقول) .

وبمخلص من هذا النص أن القانون أعطى للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر. ومنرى أن في الشفعة أيضاً يكون للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر، فحق الاسترداد (retrait d'indivision) وحق الشفعة (préemption) متماثلان من هذا الوجه . وقد كان التقنين المدني السابق يطلق حق الاسترداد في المنقول والعقار ، فترتب على ذلك أن تراحم في العقار حق الاسترداد مع حق الشفعة ، ولكل من الحقين إجراءاته الخاصة به . وقد أراد التقنين المدني الجديد تجنب هذا التراحم ، فرسم لكل من الحقين نطاقه الخاص . فحق الشفعة ، ومصدره التاريخي هو الشريعة الإسلامية ، إنما يرد في بيع حصة شائعة في العقار ، وقد يرد في غير الشيوع ، ومن ثم لا يمكن قصره على الشيوع فوجبت معالجته ضمن أسباب كسب الملكية . أما حق الاسترداد . ومصدره التاريخي هو القانون الفرنسي^(١) ، إنما يرد في بيع حصة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار . فهذا الحق هو إذن ملازم للشيوع . ولذلك نعالجه في هذا المكان^(٢) .

(١) ومع ذلك فقد خالف التقنين المصري التقنين الفرنسي في حق الاسترداد من وجوه مختلفة . منها أن هذا الحق مقصور في فرنسا على الشيوع الوراثي ، وهو جائز في مصر أيا كان سبب الشيوع . ثم هو في فرنسا لا يرد إلا في مجموع من المال هو التركة ، ويؤدي مصر ، إلى جانب المجموع من المال ، في المنقول الشائع القائم بذاته . وفي فرنسا يصح استعمال الحق في أية مدونة ولو لم تكن بيما ، أما في مصر فلا يصح استعمال الحق إلا في البيع . وليس لاستعمال الحق في فرنسا مواعيد معينة ، أما في مصر فيستعمل استعماله في خلال مدة معينة .

انظر في حق الاسترداد في فرنسا : أوبر - ورو ١٠ طبعة خاصة فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٢٥ - ص ١٥٠ - بيدان وليبال - مكرري في المواريث طبعة ثانية سنة ١٩٣٦ فقرة ٨٨٧ وما بعدها - فلانيول وريبير ومودي وفالنتون ٤ في المواريث طبعة ثانية سنة ١٩٥٥ فقرة ٥٥١ وما بعدها - فلانيول وريبير وبولانجي ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨١٦ وما بعدها - بودر - وقال في المواريث ٣ طبعة ثالثة فقرة ٢٥٧٥ وما بعدها - أنسيكلوبيد - دالوز ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Succession ص ١٩٦ - ص ٢٠٤ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد ، في خصوص الفصل ما بين نطاق حق الشفعة ونطاق حق الاسترداد ، ما يأتي : «نصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقار ، وجعل الشفعة في العقار منفية عن هذا الحق ، حتى لا تتعارض الحقوق في الميدان الواحد» (مادة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨) .

ويتبين من النص الذى أسلفناه أن لحق الاسترداد شروطاً يجب توافرها ، وله إجراءات خاصة به ، وترتب عليه آثار معينة .

(١) شروط حق الاسترداد

٥١٦ - نطاق حق الاسترداد : نحدد أولاً نطاق حق الاسترداد ، فهذا النطاق هو الذى يهيم على شروطه . وقد قدمنا أن حق الاسترداد لا يرد إلا فى منقول شائع قائم بذاته ، وإلا فى مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار .

فالعقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلاً لحق الاسترداد ، وإنما هو محل لحق الشفعة الذى ينبسط أحكامه عند الكلام فى أسباب كسب الملكية . وحق الشفعة هو الذى يرد ، حتى لو كان سبب الشيوع فى العقار هو الميراث ، وحتى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث . فإذا باع أحد الورثة لأجنبي

= وهناك فروق كثيرة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد ، تبررها الأهمية العملية الواضحة لحق الشفعة وكثرة ممارسة هذا الحق فى التعامل ، واختلاف مصدره التاريخى من المصادر التاريخية التى لحق الاسترداد . وقد كان واجباً أن يحتفظ التقيين المدنى الجديد بحق الشفعة للأسباب المتقدمة ، وأن يعتمد فيها بأحكام الشريعة الإسلامية وبما قرره القضاء والنقطة من مبادئ كثيرة هامة فى عهد التقيين المدنى السابق . ولم يكن سديداً إخضاع حق الاسترداد لجميع القواعد المعقدة المقررة فى حق الشفعة (انظر مع ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٢ ص ١٨٧ - حسن كبيرة فقرة ١٢١ ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧) مع ندرته فى العمل ، ليجرد التماثل فى الطبيعة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد . كذلك لم يكن سديداً حذف حق الاسترداد فى المنقول والمجموع من المال ، فلا يزال هذا الحق مفيداً فى هذه الدائرة . فالتنقى الأمر الجمع بين الحقين ، مع تحديد نطاق كل منهما على الوجه الذى بيناه .

وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة والاسترداد ، وإن كانا متفقين فى أن كلا منهما يؤدى إلى تنوع من الاقتنات على حرية التبايع وإلى نزع الملك جبراً على مشتريه ، فإنهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والمحل . وذلك بأن الشفعة مصدرها القوانين الإسلامية ، وحكمتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارئ ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو جوار ، ومحلها أن يكون المبيع عقاراً فلا شفعة فى منقول . أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسى ، وحكته حفظ أسرار التركات وكف الأجانب عن النفاذ إليها وجعل الورثة فى مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلى ، وسببه الشركة فى الإرث ، ومحله أن يكون المبيع حصّة أو جزءاً من حصّة شائعة فى الشركة عامة منظورا إليها كوحدة قانونية تنظم كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة المكاتب الثمى فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٢١٥) .

حصته الشائعة في عقار معين بالذات ، ولو كان هذا العقار داخلا في التركة ، بل لو كان هو كل التركة ، فإن أخذ باقي الورثة لهذه الحصّة من الأجنبي إنما يكون عن طريق حق الشفعة لا عن طريق حق الاسترداد (١) .

وقد كان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، قد استقر بعد تردد على قصر حق الاسترداد على المجموع من المال (٢) . دون المنقول المعين بالذات حيث لم يجعل فيه لا استرداداً ولا شفعة ، ودون العقار المعين بالذات حيث جعل فيه حق الشفعة دون حق الاسترداد . أما التقنين المدني الجديد فهو

(١) نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ - إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ - حسن كيرة فقرة ١٢٢ ص ٤١١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٦ .

(٢) كان القضاء في مبدأ الأمر يذهب إلى جواز استرداد الحصّة الشائعة في مجموع من المال أو في عين معينة يصعب على المشتري تسلمها بدون أن يطلع على أسرار التركة (استئناف وطي دوائر مجمعة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ - نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٠ ص ٤١٤ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨) . ثم عدل عن ذلك ، واستقر على قصر حق الاسترداد على الحصّة الشائعة في المجموع عن المال ، دون الحصّة الشائعة في عين معينة بالذات ، لأن حلول أجنبي نخل أحد الشركاء في جزء شائع في مجموع التركة هو وحده الذي قدر فيه الشارع الفرنسي مظنة إذاعة أسرار التركة وإفساد محيطها ، ولهذا نيط ثبوت حق الاسترداد في فرنسا ببيع حصّة شائعة في مجموع الملك كله ، لا ببيع حصّة شائعة في عين معينة منه . وإذا كان هذا هو مناط الاسترداد في فرنسا ، فهو بذاته مناط في مصر ، إذ ليس في نص المادة ٤٦٢/٥٦١ مدني (قديم) ما يفيد أن الشارع المصري أراد بوضعها استحداث قاعدة جديدة لها عنده حكمة غير الحكمة التي أمثلها المادة ٨٤١ مدني فرنسي على الشارع الفرنسي .. وحيث إن الأخذ بمطلق لفظ الحصّة الشائعة الذي ورد في نص المادة ٤٦٢/٥٦١ مدني (قديم) ... يؤدي إلى جواز الاسترداد مع جواز الشفعة كلما كان المبيع حصّة شائعة في عقار معين من الملك المشترك ، وهو مالا يمكن أن يكون الشارع المصري قد أراده لأنه لم يفيد حق الاسترداد بمثل ما قيد به حق الشفعة من مواعيد وإجراءات ، فإذا أجزأ الاسترداد مع جواز الشفعة لترتب على هذا الجواز الاستثناء بالاسترداد عن الشفعة خلاصا من قيودها . وفي ذلك تعطيل للأحكام التي لم تضع هذه القيود عبثا (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٤٨ - ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٠ ص ٣٨٠ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٨ ص ٤٤٧ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧٢ ص ٥٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٨ ص ١١٩٤ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٦ ص ١٦٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥) .

صريح ، كما رأينا ، في أن حق الاسترداد يرد في المجموع من المال وفي المنقول المعين بالذات (م ٨٣٣ مدني) .

ومثل المجموع من المال هو التركة والمتجر . فإذا باع أحد الورثة حصته للشائعة في التركة لأجنبي ، كان لباقي الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد ، حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات كما سبق للقول ، مادامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال . وإذا باع أحد أصحاب المتجر حصته الشائعة في المتجر لأجنبي ، كان لباقي أصحاب المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد .

كذلك يرد حق الاسترداد ، في التقنين المدني الجديد ، على المنقول الشائع المعين بالذات ، أي غير المندمج في مجموع من المال ، كالسيارات والحللي والجواهر والأواني وأثاث المنزل^(١) .

وإذا تحدد نطاق حق الاسترداد على هذا النحو ، فإن الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق أربعة : (١) أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشروع . (٢) أن يرد هذا البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال ، (٣) أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء . (٤) أن يكون المسترد هو أحد للشركاء .

٥١٧ الشرط الأول - صدور بيع من أحد الشركاء في الشروع :

يجب أن يصدر عقد بيع من أحد الشركاء في الشروع ، ونص المادة ١/٨٣٣ مدني صريح في هذا المعنى ، فقد رأينا يتكلم عن الحصة الشائعة التي باعها شريك ولا يقوم مقام البيع أي عقد آخر من عقود التصرف ، تبرعا كان أو معاوضة . فإذا وهب الشريك حصته الشائعة أو أوصى بها ، لم يجوز استعمال حق الاسترداد لا في الهبة ولا في الوصية ، ذلك أن الشريك إنما وهب أو أوصى لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال حق الاسترداد . كذلك إذا تقيض الشريك على حصته الشائعة ، أو وفادها مقابلا لدين عليه ، أو قلصها حصة في شركة ، لم يجوز استعمال حق الاسترداد ، إذ يصعب

(١) ويستثنى أن يكون الشروع ، في المبيع من المال أو المنقول المعين بالذات ، ناشئا عن الإرث أو عن غيره . أما في فرنسا فلا يرد حق الاسترداد ، كما قدمنا ، إلا في الشروع العقاري .

على الشريك المسترد أن يدفع للأجنبي ما أعطاه هذا في مقابل الحصة الشائعة .
أما في القانون الفرنسي ، فيجوز الاسترداد في جميع عقود المعاوضة ، ولولم
تكن بيها .

وقد اشترط القانون صراحة أن يكون البيع الصادر من الشريك بيها
بالممارسة (م ١/٨٣٣ مدني) ، فالبيع بالمزاد لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد
كما لا تجوز الشفعة فيما سئرى ، إذ كان الشريك الذي يريد الاسترداد يستطيع
أن يدخل في المزاد فلا يمكن الأجنبي من رده المزاد عليه ، فتخلفه عن ذلك
رضاء ضمنى منه بأن يكون الأجنبي شريكا . والبيع بالمزاد الذي يمنع من
استعمال حق الاسترداد هو الذي يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، كما هو
الأمر في الشفعة^(١) . فيدخل البيع بالمزاد الاختيارى إذ أن الشريك كان يستطيع
الدخول في المزاد ، ومن ثم لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد ، كما لا يجوز
استعمال حق الشفعة .

ولا يجوز طلب الاسترداد إلا عند تمام البيع ، أما إذا كان البيع لا يزال
في مرحلة الإيجاب ولم يتم قبوله ولو كان الإيجاب ملزما ، أو كان من
باب أولى في مرحلة تسبق مرحلة الإيجاب الملزم ، فإن الاسترداد يكون
سابقا لأوانه .

وقد أكدت محكمة النقض المبادئ المتقدمة ، إذ قضت بعدم جواز
الاسترداد في أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عينا ، ولأن
الحكمة في تحويل هذا الحق للشركاء هي منع تدخل الأجنبي في الملكية الشائعة ،
وهذه الحكمة تتوافر بطبيعتها في البيع بالمزاد إذ لم أن يشتركوا فيه ويشترى
الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبي من التدخل في الشركة . كما أن طلب
المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أماسى لهذا البيع
لا يعتبر عرضا ملزما له بالثمن الذي حدده .. لأن تحديد ثمن للبيع عند عدم
إمكان القسمة عينا إنما هو للمزايدة^(٢) .

(١) انظر المادة ١/٩٣٩ (أ) مدني - وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ - عبد المنعم
فرج الصدة فقرة ١٤٠ ص ٢١٥ - حسن كيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ هامش ١ .
(٢) نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩ ص ٤٥ .

٥١٨ - الشرط الثاني - ورود البيع على حصته شائعة في منقول

أو مجموع من المال : ويجب ثانياً أن يبيع الشريك حصته الشائعة ، كلها أو بعضها ، في منقول أو مجموع من المال . وقد سبق بيان المقصود من المنقول والمجموع من المال (١) . وإذا باع الشريك كل حصته الشائعة ، فإن الأجنبي المشتري يحل محله في هذه الحصة شريكاً مع الشركاء الآخرين ، وهذا ما أراد القانون منعه بتقريره حق الاسترداد ، حتى لا يفتحم أجنبي حرم الشركاء . وإذا باع الشريك بعض حصته الشائعة ، نصفها أو ربعها مثلاً ، فقد تحققت الحكمة كذلك من تقرير حق الاسترداد ، إذ يدخل الأجنبي المشتري هنا أيضاً شريكاً مع نفس الشريك البائع ومع سائر الشركاء ، فإذا كان الشريك البائع قد ارتضاه شريكاً معه . فإن الشركاء الآخرين لم يرتضوه .

ولابد أن يكون المبيع حصة شائعة ، أما إذا باع الشريك جزءاً مفزراً ، فإن المشتري لا يدخل شريكاً بمجرد شرائه هذا الجزء المفرز . وسنرى أن المادة ٢/٨٢٦ مدني تجعل حقه موقوفاً على نتيجة القسمة ، فإما أن يثبت على الجزء المفرز الذي اشتراه إذا وقع هذا الجزء في نصيب الشريك البائع ، أو ينتقل حقه إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك البائع بطريق القسمة . فهو في جميع الأحوال لا يحصل إلا على جزء مفرز من البيع بعد قسمته ، فلا يكون إذن شريكاً في الشيوع مع الشركاء الآخرين ، وتنعدم بذلك حكمة حق الاسترداد ، فلا يجوز إذن استعمال هذا الحق .

٥١٩ - الشرط الثالث - صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء :

ويجب ثالثاً أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء ، لأنه لو صدر إلى شريك آخر لما كان في ذلك ما يضرر منه باقي الشركاء . فالمشتري شريكاً معهم ، وهو لا يزال معهم بعد أن اشتري الحصة الشائعة ، ولم يستجد على الشركاء أجنبي يضررون من دخوله بينهم . والأمري في حق الاسترداد من هذه الناحية كالأمر في الشفعة . ففي الشفعة إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شريكاً فإنه يفضل على الشاهدين الآخرين من حيث ماقتة (م ١/٣٧٧ مدني) ، وفي

الفرض الذي نحن بصددده المشتري شريك أى له حق الاسترداد كسائر الشركاء . فيفضل عليهم ولا يستطيع شريك آخر أن يسترد منه الحصة الشائعة التى اشتراها .

ويترب على أن الحكمة من حق الاسترداد للأجنبي من الدخول بين الشركاء . أنه إذا اشترى أجنبي الحصة الشائعة أو عدة حصص شائعة ، وجب على الشريك أو الشركاء الذين يتقدمون للاسترداد أن يستردوا الحصة الشائعة كلها أو الحصص الشائعة جميعا . حتى يستبعدوا الأجنبي عن الدخول بين الشركاء . فلا يكتفى إذن أن الشريك المسترد أو الشركاء المستردين يستردون من الحصة أو الحصص الشائعة المبيعة بنسبة ما يملكون فى المال الشائع ، وإلا بقى الأجنبي شريكا بما يتبقى له من الحصة أو الحصص الشائعة التى اشتراها . وهذا يتنافى مع الحكمة من حق الاسترداد (١) .

٥٢٠ - الشرط الرابع - المسترد هو أحد الشركاء : ويجب أخيراً

أن يكون المسترد لأحصة الشائعة المبيعة هو أحد الشركاء ، وهذا واضح فإن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول أجنبي بينهم . ولذلك ثبت لهم هم دون غيرهم الحق فى الاسترداد . وكان رأى السائد فى عهد التقنين المدنى السابق أن الشريك الذى يسترد يجب أن يكون شريكا أصليا أى شريكا منذ بدء الشبوع . فإذا خلف هذا الشريك الأصلي خلف عام كوارث أو خلف خاص كمشتري لم يكن لهذا الخلف وهو شريك غير أصلى الحق فى الاسترداد (٢) . ولكن التقنين المدنى الجديد ، لما أطلق لفظ « الشريك » ، لم يميز بين شريك أصلى وشريك غير أصلى ، فيجوز إذن لخلف الشريك الأصلي من وارث

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٨٢ - محمد على عرفة فقرة ٣١٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٨ - إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٩٠ - حسن كيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ - ص ١٥٨ .

أ. إذا كان أجنبيا قد اشترى كل منهما حصة شائعة لأحد الشركاء ، فإنه يجوز لشريك ثالث أن يسترد من أحد الأجنبيين دون الآخر الحصة الشائعة التى اشتراها . فقد يتضرر من دخول هذا الأجنبي شريكا ولا يتضرر من دخول الآخر .

(٢) استئناف وطنى دوائر خمسة ٣٠٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ الحماية ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ -

نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمدة رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨ .

أو مشتر أو نحو ذلك أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة مادام شريكا في الشروع وقت البيع . وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولم ير المشروع التمييز بين شريك أصلى وشريك عارض » (١) .

وإذا اشترى أجنبي حصة أو حصصا شائعة ، وتقدم لاستردادها عدد من الشركاء ، فإن كل شريك منهم ، عند عدم الاتفاق ، يسترد من الحصة أو الحصص المبيعة بنسبة حصته . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في المادة ٢/٨٣٣ مدنى إذ تقول كما رأينا : « وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » .

والشريك وحده هو الذى يسترد ، فهذه رخصة له أو هى حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائمه أن يستعملوا هذا الحق باسمه وأن يستردوا نيابة عنه (٢) .

(ب) إجراءات الاسترداد

٥٢١ - ميعاد الاسترداد : يجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، ويكون ذلك كما تقول المادة ١/٨٣٣ مدنى فيما رأينا « خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه (علم الشريك المسترد) بالبيع أو من تاريخ إعلانه به » .
والذى يقع عملا هو أن الشريك البائع لحصته الشائعة ، أو من اشترى منه هذه الحصة ، يبادر (٣) إلى إعلان باقى الشركاء بالبيع . ولم يشترط القانون أن يكون هذا الإعلان رسميا على يد محضر كما اشترط ذلك فى الشفعة ، ومن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨ - وانظر محمد على عرفة فقرة ٣١١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٤ - إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ - حسن كيرة فقرة ١٢٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

(٢) للوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ - مد على عرفة فقرة ٣١١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٤ - حسن كيرة فقرة ١٢٥ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

ويجب أن يكون الشريك المسترد شريكا فى الملك أو على الأقل فى الرقبة ، أما الشريك فى حق الانتفاع فلا يجوز له الاسترداد لأن النص مقصور على الشيوع فى الملك ، وهو نص استثنائى لا يجوز التوسع فيه (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧٣) .

(٣) ولم يعين القانون ميعادا للإعلان ، بل ترك ذلك ليقطه صاحب الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨) .

ثم يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وبصح أن يكون شفويا ولكن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع والمشتري .

ومنى تم الإعلان للشركاء . فعلى الشريك الذى يريد أن يسترد أن يطلب الاسترداد من كل من الشريك البائع والمشتري ، وذلك فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع .

وليس إعلان البيع ضروريا . فقد لا يعلن الشركاء بالبيع ، ومع ذلك إذا ثبت علم شريك فعلا بهذا البيع . فإن هذا الشريك يجب إذا أراد الاسترداد أن يطالب به فى خلال ثلاثين يوما من يوم علمه بالبيع . وعبء إثبات العلم بالبيع يقع على الشريك البائع وعلى المشتري ، والعلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما محسوبا من يوم الإعلان بالبيع أو من يوم العلم به بحسب الأحوال ، ولم يطلب أى من الشركاء الاسترداد^(١) ، فقد سقط الحق فيه ، وأصبح بيع الحصة الشائعة للأجنبي بيعا باتا لا يجوز الاسترداد فيه ،

٥٢٢ - كيف يحصل الاسترداد : كل ما قاله القانون فى هذا الشأن

هو أن الاسترداد يتم بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، (م ١/٨٣٣ مدنى) . فمن يريد من الشركاء استرداد الحصة الشائعة المبيعة ، عليه أن يعلن ، فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع أو من يوم علمه به ، كلا من البائع والمشتري أنه يسترد الحصة المبيعة . ولم يحدد القانون هنا أيضاً ، كما حدد للشفعة ، شكلا خاصا للإعلان . فيجوز أن يكون الإعلان على يد محضر وهذا هو الأسلم ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول أو غير مصحوب به ، أو بكتاب غير مسجل ، بل قد يكون الإعلان شفويا على أن يكون عبء إثباته على الشريك المسترد .

ويجب على الشريك ، وهو يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، أن يعرض استعدادا ، فى الإعلان الذى يطلب فيه الاسترداد ، لدفع الثمن والفوائد

(١) أو طلب أحد الشركاء الاسترداد بإعلان وجهه فى الميعاد للبائع دون المشتري ، أو للمشتري دون البائع ، إذ أن طلب الاسترداد لا يعتد به إلا إذا وجه فى الميعاد القانونى إلى كل من المشتري والبائع .

والمصروفات . واكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا ، بل ولا أن يودع الثمن خزانة المحكمة كما يجب الإيداع في الشفعة . بل يكفي أن يظهر المسترد استعدادا لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع ، أو للمشتري إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع (١) .

فإذا استرد الشريك الحصة الشائعة المباعة على النحو الذي قدمناه ، بأن أعان كلا من البائع والمشتري باسترداده لهذه الحصة وباستعداده الدفع المقابل . فإنه لا يبقى بعد ذلك إلا أن يتسلم المسترد الحصة الشائعة وأن يدفع المقابل إما للبائع إذا كان هذا لم يتسلم شيئا من المشتري ، أو للمشتري نفسه إذا كان قد دفع الثمن للبائع .

وفي رأينا أنه لا حاجة إلى تنظيم دعوى قضائية بشيء من ذلك كما نظمت دعوى الشفعة ، وذلك على أساس أن الاسترداد يكون قد تم فعلا بمجرد إعلانه لكل من البائع والمشتري على الوجه الذي قدمناه . ونستند في ذلك إلى التفصيل الذي سنورده فيما يلي متعلقا بتحديد الوقت الذي يتم فيه الاسترداد .

٥٢٣ - متى يتم الاسترداد : في رأينا ، كما قدمنا ، أن الاسترداد يتم بمجرد إعلان الشريك المسترد استرداده للحصة الشائعة المباعة لكل من البائع والمشتري . فإذا تم الإعلان لكل من هذين الاثنين ، فقد تم الاسترداد ، وأصبح المسترد الكا للحصة الشائعة المباعة ومدينا بالثمن وملحقاته . مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار إذا كانت الحصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقارات . فإذا امتنع من يجوز الحصة الشائعة ، البائع أو المشتري ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٩٨ - وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة ٤٦٢ مدنى (قديم) لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن خلافا لما هو مقرر في قانون الشفعة ، وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة إن الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، إلا إن أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح فرصة العلم به . فإذا كان ثمن الحصة المباعة بقر مختلفا عليه إلى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبتة فيه الثمن الحقيقى ، ثم حكمت المحكمة في ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعدادا لدفع هذا الثمن ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ٦٥ ص ١٥٢) .

من تسليمها إلى المسترد . كان لهذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم . وإذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات ، كان لصاحب الشأن ، البائع أو المشتري ، أن يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع . وهذا هو السبب . في رأينا ، في أن المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى القضائية التي تلي الإعلان بالاسترداد إن كان لها مقتضى ، كما نظم دعوى الشفعة ، إذ ترك الدعوى القضائية في الاسترداد خاضعة للقواعد العامة . بعد أن قرر أن الاسترداد يتم بالإعلان الذي يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشتري . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدني صراحة على ذلك . إذ تقول كما رأينا : « ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإن أعلن المسترد رغبته في الاسترداد واتفق الجميع . حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما في الشفعة . وعوض المسترد المشتري كل ما أنفقه . وإذا لم يتم الاتفاق . تولت المحكمة الفصل في الأمر »^(١) . والذي تتولى المحكمة الفصل فيه هو إلزام المسترد بدفع الثمن وملحقاته إذا رفع البائع أو المشتري الدعوى بذلك على المسترد . أو ثبوت حق المسترد في الاسترداد وإلزام البائع أو المشتري بتسليم الحصة الشائعة المبيعة إليه إذا رفع هذا الأخير الدعوى بذلك على البائع أو المشتري . وتسرى القواعد العامة في كل ذلك^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨ .

(٢) وقد صرحت محكمة النقض ، حتى في ضمن التفتين المدنى السابق ، بتطبيق القواعد العامة في الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة . فقضت بأن القادون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة ، فيتعين أن تطبق في هذا الصدد القواعد العامة . ولكن لما كان هذا الاسترداد نوعاً من الشفعة ، كاذت الدعوى به حاضرة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة . أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية ، فإنه - إذا كان وارداً على خلاف أحكام القانون العام ومن ثم لا يصح اغتياس عليه - لا يطبق على دعوى الاسترداد . وإذا كان في الاسترداد ، كما في الشفعة ، محل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع لمشتري ، فإنه يكون من اللازم إدخال البائع في دعوى الاسترداد (لم يرد في التفتين السابق كما ورد في التفتين الجديد وحوب إدخال البائع والمشتري) كما يلزم في دعوى الشفعة . أما الحكم الخاص بوجوب إعلان المشتري والبائع في الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة ، فلا يسرى لأنه =

ولكن يلاحظ أن الاسترداد الذي تم على هذا الوجه استرداد معلق على شرط واقف ، هو دفع المسترد الثمن وملحقاته . فإن هو امتنع عن ذلك ، في الميعاد الذي تحدده المحكمة إذا طلب إليها تحديد ميعاد ، جاز لأي من البائع أو المشتري أن يرفع دعوى على المسترد باعتبار الاسترداد كأن لم يكن لتخلف الشرط الواقف . ويؤيد ذلك العبارة الأخيرة التي وردت في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدني ، فهي تجري كما رأينا على الوجه الآتي : « ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » . فحلول المسترد محل المشتري في جميع الحقوق والتزامات - وهذا هو عين الاسترداد - مشروط إذن بدفع المسترد الثمن وملحقاته ، وهذا هو المستفاد بوضوح من عبارة « إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » .

ونحن فيما قدمناه قد التزمنا نص التقنين المدني الجديد ، ولم يورد هذا التقنين شيئاً عن دعوى الاسترداد يقابل النصوص التي أوردتها في دعوى الشفعة . وقد أثارت دعوى الشفعة كثيراً من النقاش منعرض له في موضعه ، وقد كفانا التقنين المدني الجديد مؤونة ذلك فيما يتعلق بحق الاسترداد ، فلزم أن نخضع لأي دعوى تتعلق بهذا الحق للقواعد العامة (١) .

= حكم استثنائي ، بل الذي يسرى هنا هو حكم القانون العام (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٢١٥) .

(١) ومع ذلك يبدو أن اتجاه الفقه المصري هو في جعل دعوى الاسترداد ماثلة لدعوى الشفعة ، من حيث إن كلا من الاسترداد والشفعة إذا لم يتم رضاه وجب أن يتم قضاءه ، فالحكم بالاسترداد يهبر على ما يظهر منشأ حق الاسترداد (انظر عبد المنعم البدر أوى فترة ١٤٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٤ ص ٢١٦ - محمد علي عرفة فقرة ٣١٥ ص ٤٢١ - إسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ - حسن كيرة فقرة ١٢٦ ص ٤١٩ - محمد حامد فهمي في تعليقه في مجموعة عمر ٥ ص ٢٣ - ص ٢٤ هامش ١) .

وإذا سلمنا أن دعوى الاسترداد ماثلة لدعوى الشفعة من هذا الوجه ، فلا بد من التمسك بأن القانون لم يحدد لدعوى الاسترداد مواعيد كما حدد لدعوى الشفعة ، فيجوز رفضها إذن في أي وقت قبل تمام قصة الشيء الشائع ، بشرط تهجيه الإعلان بالاسترداد إلى كل من البائع والمشتري في ميعاد الثلاثين يوماً المحدد في المادة ٨٣٣ / ١ مدني . ومع ذلك ذهبت محكمة النقض إلى اعتبار ميعاد الثلاثين يوماً المحدد للإعلان بالاسترداد ميعاداً أيضاً لرفع دعوى الاسترداد (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ : انظر في نقد الحكم إسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ -

ويجب في الدعوى التي يرفعها المسترد بثبوت حقه في الاسترداد اختصاص
البائع والمشتري معاً في جميع مراحلها حتى مرحلة الطعن بالنقض. ذلك أن الأثر
الذي يترتب على الاسترداد، كما نرى، هو حلول المسترد محل المشتري في
جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع. فالتخصيم في الدعوى هم إذن من جهة
المسترد الذي يطالب بثبوت حقه في الاسترداد، ومن جهة أخرى المشتري
الذي يطلب المسترد أن يحل محله والبائع الذي يطالب المسترد أن يحل هو محل
المشتري قبله^(١).

(ح) الآثار التي تترتب على الاسترداد

٥٢٤ - تكييف الاسترداد : ليس الاسترداد بإعادة بيع من المشتري
إلى المسترد، فيكون البائع باع حصته الشائعة إلى المشتري، ثم باعها المشتري
إلى المسترد، كما ذهب بعض الفقهاء^(٢). فإن هذا الرأي يتعارض مع الرأي
الغالب في الفقه الفرنسي، ويتعارض مع صريح النص في التقنين المدني المصري
فإن المادة ١/٨٣٣ من هذا التقنين تقول كما رأينا : « ويحل المسترد محل
المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ». فالاسترداد إذن هو إحلال المسترد محل
المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع. فهو حلول
شخصي بموجبه أخذ المسترد مكان المشتري وأصبح هو المشتري مباشرة من
البائع، وأصبحت له جميع حقوق المشتري وعليه جميع التزاماته، وذلك لا من
وقت الاسترداد فحسب. بل ينسحب هذا الحل بأثر رجعي إلى وقت البيع

سعيد المنعم البدر أوى فقرة ١٤٧ ص ١٧٦. حسن كبيرة فقرة ١٢٦ ص ١١٩ هامش ٣ - منصور
مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٨ هامش ١. وانظر في تأييده عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٤١
ص ٢١٦).

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبي على
البيع هي دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والمسترد،
فتؤول صلة البائع بالمشتري وتحل محلها صلة البائع بالمسترد. ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى
المسترد، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة، ويجب اختصاص البائع والمشتري فيها و
كافة مراحل لتقاضيها بما فيها مرحلة الطعن بالنقض (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢
مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١).

(٢) انظر بودري وقال في المواثيق ٣ فقرة ٢٦٧٤ - قال في تعليقه في سريه ٩٣-١-١٧

الصادر من الشريك البائع إلى المشتري فيكون الاسترداد أثر رجعي ، ويعتبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر ابتداء إلى المسترد ، ويختفى شخص المشتري ، ولا يبقى إلا البائع والمسترد ، وكأن البائع كما قدمنا قد باع حصته الشائعة للمسترد منذ البداية (١) .

وهذا التكييف ، الذي ينص عليه صراحة التقنين المدني المصري (م ١/٨٣٣) كما سبق القول ، يقتضينا أن نبحث ، بعد أن يتم الاسترداد ، علاقة المسترد بالمشتري ، ثم علاقة المسترد بالبائع . ثم علاقة المشتري بالبائع .

٥٢٥ - عطف المسترد بالمشتري : يحل المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع ، ويكون هذا الحل بأثر رجعي كما قدمنا . فيعتبر المسترد هو المشتري مباشرة من البائع ، ويحل محل المشتري لا من وقت الاسترداد فحسب بل من وقت البيع ، وكأن المسترد هو الذي اشترى الحصة الشائعة من الشريك البائع منذ البداية . وعلى ذلك تنفي رابطة الاستخلاف بين المسترد والمشتري ، وتقوم هذه الرابطة بين المسترد والبائع . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ - أي تصرف يكون قد أجراه المشتري في الحصة الشائعة المباعة يسقط

(١) وقد رأينا محكمة النقض تقضي بأن دعوى استرداد الحصة المباعة لأجنبي على الشيوع هي دعوى بتحويل الحقوق من الالتزامات فيما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والمسترد ، فتزول صلة البائع بالمشتري وتحل محلها صلة البائع بالمسترد ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وانظر في أن للاسترداد أثر رجعي : أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ - بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ - بلانيول وريبير وموري وثيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ - ريبير وبولانجييه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٣٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٠ - فقرة ١٣٢ - محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٩٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٨ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ - وانظر في نقد فكرة الأثر الرجعي وعدم ضرورتها وإمكان الاستثناء عنها بفكرة انتفاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشتري حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٥ د م س ٣ و ٤ . ويلاحظ أن انتفاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشتري معناه أن المسترد قد حل محل المشتري وأصبح حائلا للبائع لا للمشتري . لا تنال هذا إلا إذا قلنا إن المسترد قد حل حلالا رجعيًا محل المشتري . فالأثر الرجعي هو نفسه الذي ينفي فكرة الاستخلاف بين المسترد والمشتري

ولا يحتاج به على المسترد ، فتحلص للمسترد الحصة المبعة خالصة من أى حق رتبه عليها المشتري . فإذا كان المشتري قد رهن الحصة الشائعة مثلاً قبل الاسترداد لورتب عليها حق انتفاع ، فبالاسترداد تووّل الحصة الشائعة للمسترد خالصة من حق الرهن أو حق الانتفاع (١) .

٢ - ومادام المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع ، فالمشتري لا يلتزم له بضمان الامتحاق والذي يلتزم بهذا الضمان هو البائع . فإذا استحققت الحصة الشائعة ، رجع المسترد على البائع بالضمان . وإذا كان المسترد مهتداً بالامتحاق ، فليس له أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للمشتري بالثمن وملحقاته ، لأن المشتري ليس هو الملزم بالضمان . وعلى العكس من ذلك للمسترد أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للبائع بالثمن إذا كان هذا الأخير لم يستوف الثمن من المشتري ، وذلك لأن البائع هو الملزم بالضمان كما قدمنا (٢) .

٣ - الأصل أن المسترد يلتزم بدفع الثمن إلى البائع ، مادام المسترد معتبراً أنه اشترى مباشرة من هذا الأخير ، وإذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً انتفع المسترد بالتأجيل أو بالتقسيط وذلك على خلاف حكم الشفعة لورود نص خاص فيها . ولكن إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع قبل الاسترداد ، فعلى المسترد أن يرده إلى المشتري مع فوائده من يوم دفعه قياساً على استرداد الحق المتنازع فيه (م ١/٤٦٩ مدني) (٣) . وإلى جانب ذلك يلتزم المسترد بأن

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٨ - بيدان وليال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ - بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٣ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ - حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٩ وهامش ٦٧ مكرر . بيدان وليال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ - بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢١ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٠ - محمد على ٤ فقرة ٣١٥ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ - حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٨ - ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ .

(٣) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٦ وهامش ٥٧ - بيدان وليال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ - بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٣٦ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٢ - حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٢ .

يدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات . كرسوم التسجيل والسحرة ومصرفات الحفظ والصيانة وسائر مصروفات الإدارة . وفي مقابل كل ذلك يلتزم المشتري بأن يرد إلى المسترد الثمار التي حصل عليها من يوم البيع إلى يوم الاسترداد (١).

٥٢٦ - عرق المسترد بالبائع : قدمنا أن المسترد يحل محل المشتري قبل

البائع ، فيصبح هو المدين بالتزامات المشتري نحو البائع وهو الدائن له بحقوق المشتري ، وقد رأينا أن المادة ١/٨٣٣ مدني تقول « وبحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » . ويترتب على ذلك النتيجةتان الآتيتان :

١ - إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع ، فإن الملتزم بوفائه نحو للبائع هو المسترد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وقدمنا أيضاً أن المسترد يحل محل المشتري في نفس العقد وشروطه ذاتها ، فإذا كان هناك أجل الدفع الثمن أفاد منه المسترد ، وإذا كان الثمن مقسطا دفعه المسترد بالتقسيط ، وذلك على خلاف الشفعة حيث لا يفيد الشفع لا من التأجيل ولا من التقسيط بل يجب عليه تعجيل الثمن (٢) . وبلاحظ أن الثمن إذا كان مؤجلاً أو مقسطا ، واران المسترد أن يفيد من التأجيل أو التقسيط ، جاز للبائع أن يلزمه بتقديم تأمين كاف (٣) . ولا يلتزم المسترد نحو البائع إلا بدفع الثمن الحقيقي ، فإذا ثبت أن الثمن المذكور في عقد بيع الحصة الشائعة هو أكبر من الثمن الحقيقي فليس عليه أن يدفع إلا الثمن الحقيقي ، وله أن يثبت صورية الثمن بجميع طرق الإثبات (٤) .

(١) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٦ وهامش ٥٧ - بلانيول وريبير وموري وفياتون ٤ فقرة ٥٥٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٣٨ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ - حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٢ .

(٢) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٩ - ١٥٠ - بلانيول وريبير وموري وفياتون ٤ فقرة ٥٥٩ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩١ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ .

(٣) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٩ - ١٥٠ - بلانيول وريبير وموري وفياتون ٤ فقرة ٥٥٩ .

(٤) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٤ وهامش ٥ - بيدان وبيال ٥ فقرة ٨٩٣ - بلانيول وريبير وموري وفياتون ٤ فقرة ٥٥٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٨ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٨٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ - حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ .

٢ - ويلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد ، فتنقل هذه الملكية مباشرة إلى المسترد ، وتنقل الملكية إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد ، في الحصة الشائعة في المتناول المعين بالذات . أما إذا كان المبيع حصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقار ، فلا بد لانتقال الملكية في هذا العقار من التسجيل ، فإن كان المشتري قد سبق له أن سجل عقد البيع ، فيكفي أن يؤشر المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسترداد . أما إذا كان المشتري لم يسبق له التسجيل . فعلى المسترد أن يقوم بتسجيل الاسترداد حتى تنقل إليه الملكية^(١) . ومادامت الملكية تنتقل مباشرة من البائع إلى المسترد ، فالبايع هو الملتزم بضمان الامتصاص . وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

٥٢٧ - عرق البائع بالمشتري : قد منا أن المسترد يدخل محل المشتري في جميع حقوقه والالتزامات نحو البائع ، ويعتبر البيع قد وقع مباشرة للمسترد وعلى ذلك تزول العلاقة التي كانت قائمة بين البائع والمشتري قبل الاسترداد ، ويكون زوالها بأثر رجعي فتعتبر كأن لم تكن ، وينبئ على ذلك ما يأتي :

١ - زوال الحقوق التي كانت للمشتري قبل البائع ، إذ أن هذه الحقوق قد أصبحت بالاسترداد للمسترد دون المشتري . فلا يجوز للمشتري ، بعد الاسترداد ، أن يطالب البائع بأي حق من هذه الحقوق ، لا بنقل ملكية

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣١٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ - حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٥ - ص ٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ . وإذا سجل المسترد صحيفة دعوى الاسترداد ، فإن الحكم بالاسترداد يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية من المشتري بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، سواء كان هؤلاء سيئي النية أو حتى النية ولا يكون الحكم بالاسترداد حجة على الغير إذا كسب حقه بحسن نية قبل هذا التسجيل . وذلك عن طريق قياس دعوى الاسترداد على دعاوى إبطال التصرف أو فسخه أو إلغائه أو الرجوع فيه ، فيما يتفق بقانون الشهر العقاري (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ وهامش ١ - وقارن حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هامش ١) .

وإذا تعاقبت البيوع ، حصل الاسترداد من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها إذا تم البيع الثاني قبل إعلان المسترد رغبته في الاسترداد . وذلك قياساً على أحكام الشفعة (م ٩٣٨ مدني) انظر حسن كبيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هامش ١ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٥ .

الحصة الشائعة المبيعة ، ولا بفهمان الاستحقاق . والذي يطالب بذلك هو المسترد كما سبق القول .

٢- زوال الالتزامات التي كانت في ذمة المشتري للبائع إذ أن هذه الالتزامات قد أصبحت بالاسترداد التزامات في ذمة المسترد كما قدمنا . ومن ثم لا يجوز للبائع ، بعد الاسترداد ، أن يطالب المشتري بالثمن إذا لم يكن قد استوفاه منه قبل الاسترداد . والذي يطالبه البائع بالثمن هو المسترد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣- رجوع العلاقة ما بين البائع والمشتري إلى ما كانت عليه قبل البيع ، فإذا كان البيع قد ترتب عليه أن وقعت مقاصة ما بين البائع والمشتري بشأن الثمن ، أو انحلت ذمة البائع والمشتري ، فإن كل هذا يزول بالاسترداد ، ويرجع الحق الذي كان للمشتري في ذمة البائع وسقط بالمقاصة إلى ما كان عليه ، كما يزول اتحاد الذمة (١) .

المطلب الثاني

تصرف الشريك في شيء مفرز

§ ١ - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

٥٢٨ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدني على ما يأتي :

« وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » (٢) .

(١) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ - ص ١٤٩ - بلانيول وريبير وموري وفالترين ٤ فقرة ٥٦٢ - بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ١٩٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٣٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٥ - حسن كبرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٨ .

(٢) تاريخ النص ورد هذا النص في المادة ١١٩٤/٢ من المشروع التمهيدى على الوجه -

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق^(١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٢/٧٨١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٨٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ٢/١٠٦٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠^(٢) .

- الآتي : « إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرد من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك الذي صدر منه التصرف » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بما يجعل حكمه متفقا مع حكم الرهن في المال الشائع من جهة ومع حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى ، أي جعل حق المشتري يرد على العين المفروزة التي يختص بها البائع عند القسمة ، سواء كانت العين المبينة أو غيرها . وجعل لمشتري الحق في إبطال البيع في حالة ما إذا كانت العين المفروزة هي غير العين المبينة . وصار رقم النص ٢/٨٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمس التواب تحت رقم ٢/٨٩٥ بعد استبدال لفظ « التصرف » بلفظ « البيع » ، فصار النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . تم وافق عليه لمس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٠ - ص ٨٣) .

(١) وفي عهد التقنين المدني السابق ، كان تصرف الشريك في جزء من المار الشائع يعتبر تصرفا موقوفا على نتيجة القسمة . فإذا وقع الجزء المفروز في نصيب الشريك المتصرف أصبح تصرفه باطلا ، أما إذا لم يقع فإنه يتبين أن التصرف في الجزء المفروز قد صدر من غير مالك فيجوز للمتصرف إليه طلب إبطاله . ولا ينتقل التصرف ، كما ينتقل في التقنين المدني الجديد ، إلى الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف . انظر نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٥-٣٠ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة المكاتب الفنى في خسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٧٥ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٠٧ ص ٧٦٠ - استئناف أسبوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٣ ص ٧٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخدى :

التقنين المدني السوري م ٢/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/١٠٦٢ : وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع ،

فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه إذا لم يقع الجزء المفروز في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة ، لم يكن للتصرف أثر في التقنين العراقي ، ولم ينتقل إلى الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠ : لا يجوز لأحد شريك كان في عقار شائع أن يستعمل

حقه في كل العقار أو على جزء معين منه بدون رضا سائر الشركاء الباقين . (والظاهر أن حكم التصرف في الجزء المفروز من المال الشائع ، في القانون اللبناني ، لا يكون صحيحا إلا بموافقة جميع الشركاء) .

وبحسن ، قبل بحث هذه المسألة^(١) ، أن نضعها وضعاً عملياً مبسطاً . فنفرض أن هناك أرضاً شائعة بين شريكين لكل منهما النصف في الشيوع ، وأن أحد الشريكين حدد جزءاً مفرزاً من هذه الأرض بمقدار النصف وباعه مفرزاً ، متوقفاً أن هذا الجزء المفرز الذي باعه هو الذي سيقع في نصيبه عند القسمة . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المشتري للجزء المفرز قد اعتقد أن الشريك البائع يملك هذا الجزء مفرزاً لا شائعاً ، ولذلك أقدم على الشراء مطمئناً إلى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له .

(الفرض الثاني) أن يكون هذا المشتري عالماً بأن الشريك البائع لا يزال في حالة الشيوع ، وأن الجزء المفرز الذي باعه هذا الشريك لا يزال شائعاً بينه وبين الشريك الآخر .

٥٢٩ - الفرض الأول - المشتري يعتقد أنه البائع يملك المبيع مفرزاً :

هنا يبين أن المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، إذ اعتقد أن المبيع يملكه البائع مفرزاً لا شائعاً . ومن ثم يكون البيع قابلاً للإبطال للغلط ، ويجوز للمشتري طلب إبطاله وفقاً للقواعد العامة إذا تقدم بالطلب قبل القسمة ، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها^(٢) . ويستطيع المشتري في هذه الحالة أن يجيز العقد ، فيصبح البيع صحيحاً غير قابل للإبطال ،

(١) انظر في هذا البحث حسن كيرة في تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ، فصله من مجلة كلية الحقوق العددين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ - سنة ١٩٦٣ . وسنرمز لهذا البحث ، عند الإشارة إليه ، بالعباراة الآتية : حسن كيرة - فصله من مجلة كلية الحقوق .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التراجع والمحاكم اختلفوا رأياً في حكم المبيع المفروز من مالك على الشيوع ، وترى المحكمة الأخذ بالرأى القائل بإبطال البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشيوع . ذلك لأن المفروض فيمن يشتري عيناً لمدة أن ينتفع بها فوراً بغير منازع ، فجعل البيع موقفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية على أمر احتمالية غير محققة قد يطول أمرها ويستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة ، وليس من العذر تحميل المشتري بها (استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧) . وانظر أيضاً : استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١ - بي سوفي ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ .

ويكون حكمه حكم البيع الذي صدر بغير رافع في الغلطى ، بشرط يعلم أن الجزء المفروز الذي اشتراه ملك للبائع على الشروع . ومدين هذا الحكم فيما يلي .

أما بعد القسمة . أى بعد أن يقسم الشريك البائع الأرض الشائعة بينه وبين شريكه الآخر . فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

أولا - يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع ، على ما توقع . وعند ذلك تخلص ملكية هذا الجزء المشتري بعد التسجيل . ولا يعود يستطع إبطال العقد للغلط حتى لو كان لم يجزه . ذاك أن البائع يكون قد نفذ العقد على الوجه الذى قصد إليه المشتري . وتنص المادة ١٢٤ مدنى على أنه ١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد « (١) .

ثانيا - لا يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع . خلافا لما توقع . وعند ذلك يبقى البيع على حاله قابلا للإبطال ، إذا كان المشتري لم يجزه من قبل . ويستطيع المشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط وفقا للقواعد العامة ، إذ أراد أن تخلص له ملكية جزء مفروز بالذات فلم تخلص له هذه الملكية . وهذا ما قصدت إليه العبارة الأخيرة من المادة ٢/٨٢٦ مدنى ، فقد قالت كما رأينا : « والمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك للعين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » . ويلاحظ أنه يجوز للمشتري ، حتى في هذه المرحلة ، أن يجيز البيع فينزل عن حقه في طلب إبطاله للغلط . وعند ذلك ينقلب البيع صحيحا ملزما لكل من البائع والمشتري ، وينحول التصرف من الجزء المفروز الذى وقع عليه البيع إلى الجزء المفروز الذى وقع بالفعل في نصيب البائع ، فتنقل إلى المشتري ملكية هذا الجزء الأخير بعد التسجيل (٢) .

(١) إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧١ -

ص ١٧٢ .

(٢) حسن كيرة فقرة ١١٨ .

هذا ولما كان المفروض أن المشتري قد اشترى أرضا مفرزة من شريك لا يملك إلا في -

وما قلناه في البيع يقال في كل تصرف آخر غير ناقل للملكية ، فنصر
المادة ٢/٨٢٦ مدني عام يشمل كل تصرف .

٥٣٠ - الفرصه الثاني - المشتري يعلم أنه البائع لا يملك المبيع إلا

شائعا : هنا لا يكون المشتري واقعا في غلط ، فهو يعلم عندما اشترى أن الجزء
المفرز الذي اشتراه لا يملكه بانه مفرزاً وإنما يملكه شائعا مع شريكه الآخر .
والمشتري قد توقع ، كما توقع البائع ، أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيب
البائع عند القسمة ، فتخلص للمشتري ملكيته بفضل الأثر الكاشف للقسمة .
ويجب لمعرفة حكم هذا البيع - وكل تصرف آخر ناقل للملكية غير البيع لأن

في الشروع ، فإنه يكون ، فيما يتعلق بالسبب الصحيح ، قد اشترى من شخص لا يملك إلا حصة
شائعة ، فيعتبر في حكم المشتري من غير مالك بالنسبة إلى المثلث بالتقادم القصير . ولما كان حسن
النية ، فإنه إذا حاز الأرض المفضلة التي اشترها مدة خمس سنوات ، فإنه يملكها بهذا التقادم .
وعلى هذا المبدأ استند قضاء محكمة النقض ، فقد قضت هذه المحكمة ، بأنه إذا كان المشتري حسن النية
يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سببا صحيحا ،
فإذا حاز المبيع خمس سنوات ملكه بالتقادم القصير ، حتى فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين ،
ولم يعد له لاء الحق في استرداد حصصهم من تحت يده (نقض مدني ٢٣ أ ب يل سنة ١٩٤٢ - حوة
م ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت أيضا بأنه لما كان قضاء هذه المحكمة قد استند على أنه إذا باع
الشريك المشتاع جزءاً مفرزاً محدوداً ، فإن بيعه يصلح أن يكون سببا صحيحا يملك به المشتري
ما يبيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية . ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته
ولذاته ، وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة
١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص ٦٥٥ - وانظر أيضا نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢
مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ - حوة المكتب الفني في خسة وعشرين
حاما جزء أول ص ٤٥٣) . وانظر في هذا المعنى الوسيط ٤ فقرة ١٧٠ ص ٣٠٥ هامش ١ -
أنور سلطان في البيع فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش ١ - سليمان م قس ومحمد علي إمام في البيع
فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣ - عبد المنعم البدارو فقرة ١٣٣ ص ١٦٤ - إسماعيل غانم فقرة ٧٦
ص ١٦٧ . وانظر عكس ذلك وأن البيع لا يعتبر في هذه الحالة سببا صحيحا : محمد علي عرفة ٢
فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ - ص ٢٤٢ - حسن كبيرة فقرة ١١٨ ص ٣٨٨ - ص ٣٩١ - وفصلة
من لمة كلية الحقوق ص ٣١ - ص ٣٤ .

وإذا حاز المشتري جزءاً مفرزاً في منقول شائع ، وكان هذا الجزء المفرز قد بيع له من أحد
الشركاء في الشيوع دون الشركاء الآخرين ، فإن المشتري إذا كان حسن النية يملك الجزء المفرز
الذي حازه ، لا بموجب عقد البيع ، بل بموجب الحيابة ، إذ الحيابة في المنقول سند الملكية
(إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٦) .

النص عام يشمل التصرفات جميعها - التمييز بين حكم التصرف قبل أن تتم
القسمة وحكمه بعد أن تتم .

٥٣١ - حكم التصرف قبل أنه يتم التسمية : لم تميز المادة ٢/٨٢٦
مدني حكم التصرف قبل أن تتم القسمة ، واقتصرت على أن تميز هذا الحكم
بعد أن تتم القسمة ، فوجب إذن أن نطبق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف
قبل أن تتم التسمية . وقد سبق أن قلنا بياناً لهذا الحكم ، عند الكلام في البيع ،
ما يأتي : « إذا باع الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ،
فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا
الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء » (١) .
ونضيف هنا أن البيع يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع ،
ولكنه غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في الشيوع في هذا
الجزء المفرز . ولا يستطيع المشتري إبطال البيع ، لا بالنسبة إلى حصة البائع
الشائعة في الجزء المفرز المبيع لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشتري
ليس واقعاً في غلط ، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء
المفرز المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير (٢) . وقد سبق أن
قلنا في تعليل هذا الشق الأخير ما يأتي : « وذلك لأن البيع الواقع على حصص
الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب
الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت
مملوكة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن
المشتري ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه ، يكون
قد ارتضى شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة » (٣) . وهذا

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ ص ٣٠٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا على الشيوع ، أن
يبيع ملكه محداً مفزراً ، وحالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة ، إلا أن
ذلك كله لا يبطل عقد البيع (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجدة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧
ص ١٢٨) .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ ص ٣٠١ هامش ٢ . وانظر شفيق شحاتة فقرة ١٤١ -
جد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٢ ص ١٦٢ - شمس الدين المكي في التأسيات طبعة ثانية ص ١١٢ -

هو معنى أن البيع يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع .
 أما معنى أن البيع يكون غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في
 الشيوع في هذا الجزء المفرز فيظهر في أن هذا الشريك الآخر ، إذا أنكر
 عليه المشتري حقه في حصته الشائعة في الجزء المفرز المبيع ، يجوز له أن يرفع
 دعوى استحقاق على كل من المشتري والشريك البائع يطالب فيها باستحقاقه
 لهذه الحصة الشائعة^(١) . ولكن الشريك الآخر لا يستطيع أن يطالب باستحقاق
 أية قطعة مفرزة في الجزء المفرز المبيع ، لأنه لا يملك في هذا الجزء المفرز إلا
 حصة شائعة^(٢) .

— وص ٤٦١ — إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٩ (وقارن ص ١٧٣ هامش ٢) — حسن كبيرة
 فقرة ١١٨ (وقارن ص ٣٧٦ هامش ١) . وانظر عكس ذلك وأن للمشتري طلب الإبطان قبل
 القسمة على اعتبار أن البيع هو بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين : سليمان مرقس
 ومحمد علي إمام في البيع سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٨٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠١ —
 ص ٢٠٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٢ — ص ١٧٣ .

(١) انظر عكس ذلك نقض مدني ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ —
 ٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام
 النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧
 ص ٧٦٠ — وانظر في هذا المعنى حسن كبيرة فصلة من لمة كلية الحقوق ص ٣٥ — ص ٣٦ —
 ويفرج الأستاذ حسن كبيرة على أن تصرف الشريك في جزء مفرز يكون غير نافذ في حق باقي
 الشركاء أن المتصرف إليه ينقل ملكية الجزء المفرز لا يدخل شريكاً مع باقي الشركاء ، حتى ولو
 بموجب حصة الشريك المتصرف الشائعة في الجزء المفرز الذي تصرف فيه . ويستخلص من ذلك
 النتائج الآتية : (أ) لا يكون من حق المتصرف إليه مشاركة باقي الشركاء في إدارة الشيء الشائع
 أو التصرف فيه إدارة أو تصرفاً يتقرر بالإجماع أو بالأغلبية ، بل يبقى ذلك من حق الشريك
 المتصرف وحده . (ب) الشريك المتصرف وحده هو الذي يثبت له حق طلب القسمة ، ويجب
 اختصاصه في دعواها (انظر عكس ذلك فقض مدني ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض
 ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ — استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣١ ص ٤٦) .
 ولا يكون للمتصرف إليه حق رفع دعوى القسمة على باقي الشركاء ، ولا يجب على الشركاء الذين
 يرفعون دعوى القسمة اختصاصه فيها بوصفه متقاسماً ، ولا يقبل تدخله فيها من تلقاء نفسه بهذا
 الوصف . (ج) إذا بيعت بعد ذلك حصة شائعة في المال الشائع ، فليس للمتصرف إليه في الجزء
 المفرز أن يطالب باستردادها أو بالشفعة فيها . انظر حسن كبيرة فصلة من لمة الحقوق ص ٣٧ —
 ص ٤٢ .

(٢) أنور سلطان في البيع فقرة ٤١٦ ص ٤١٤ — عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٣ —
 إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٥ — حسن كبيرة فقرة ١١٩ ص ٣٩١ — عبد المنعم فرج الصدة —

هذا ويجوز ، قبل التسمية ، أن يقر الشريك الآخر البيع الصادر من الشريك الأول . وعند ذاك يصبح البيع نافذاً في حقه في حصته الشائعة ، وتخلص ملكية الجزء المفروز المبيع كله للمشتري بعد التسجيل . وقد يكون هذا الإقرار ضمياً ، بأن يرتضى الشريك الآخر الوضع الذي اختاره الشريك الأول ، ويعتبر الجزء المفروز الذي باعه الشريك الأول هو نصيب هذا الشريك في كل الأرض الشائعة ، ويتصرف هو في الجزء المفروز الآخر كما لو كان مالكا له كله . فتكون الأرض الشائعة بذلك قد قسمت بين الشريكين قسمة فعلية ، واختص كل منهما بجزء مفروز فيها^(١) .

٥٣٢ - حكم التصرف بعد أنه تم القسمة : فإذا قسمت الأرض الشائعة بين الشريكين ، فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

(الأمر الأول) أن يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع ، وحكم ذلك واضح ، ولذلك لم تعرض له المادة ٢/٨٢٦ مدني . ذلك أن ملكية الجزء المفروز المبيع تخلص للمشتري بالتسجيل ، بعد أن وقعت في نصيب

= فقرة ١٣٦ ص ٢٠٦ - منصور مصطلح منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٨ - وقارن نقض مدني ١٦ ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ - مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ - مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ .

هذا وقد رأينا أن المشتري لجزء مفروز من المال الشائع لا يعتبر شريكاً بحصة شائعة ، فلا يجوز له أن يسترد حصة شائعة لشريك آخر باعها هذا الأجنبي ، كما لا يجوز له أن يطلب بالشفعة هذه الحصة الشائعة في عقار معين بالذات (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩) . وإذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في العقار المعين بالذات ، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، إذ أن المشتري لم يكن قبل شرائه للحصة الشائعة شريكاً بموجب شرائه للجزء المفروز ، فلا يستطيع أن يحتج بأن الشفعة لا تجوز لشريك من شريك آخر مثله (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧) . وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٧٩ هامش ٤ - حسن كبيرة فقرة ١١٩ ص ٣٩٦ - ص ٣٩٨ .

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ - مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص ٥٠٣ - إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧ هامش ٢ . كذلك لو تلقى الشريك البائع ملكية حصة الشريك الآخر ببيع أو هبة أو ميراث مثلاً ، فإنه يصبح هو المالك لكل الأرض ، وينفذ بيعه للجزء المفروز دون توقف هل إقرار أحد (إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧) .

الشريك البائع ، فاستقر البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة . ولم يعد للشريك الآخر أى حق فى الجزء المفرز المبيع .

(الأمر الثانى) ألا يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، بل يقع فى نصيبه الجزء المفرز الآخر ، وهذا هو الأمر الذى عرضت له المادة ٢/٨٢٦ مدنى ، لأن هذا النص أراد أن يقرر حكما ينحرف به عن مجرد تطبيق القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أن المشتري ، وقد ضاع عليه الجزء المفرز الذى اشتراه بالذات ، لا يجبر على قبول الجزء الآخر الذى وقع فى نصيب البائع ، فمن حقه إذن أن يطلب فسخ البيع ، أو إبطاله باعتباره صادرا من غير مالك^(١) . ولكن المادة ٢/٨٢٦ مدنى تقول كما رأينا : « وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع . ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . فنتقل إذن ، بعد التسجيل ، ملكية الجزء المفرز الآخر الذى وقع فى نصيب الشريك البائع إلى المشتري ، ويحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز المبيع . ومن ثم يعتبر البيع واقعا ، لا على الجزء المفرز المبيع فى الأصل ، بل على الجزء المفرز الذى وقع بعد القسمة فى نصيب الشريك البائع . وتعليل ذلك واضح ، فإن المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذى يبيعه ، يكون قد ارتضى مقدما شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة كما سبق القول .

وقد طبق التقنين المدنى تطبيقا عمليا هذا الحكم فى الرهن الرسمى ، فنص فى المادة ٢/١٠٣٩ مدنى على ما يأتى : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى يخفق القواعد العامة ولا ينحرف عنها كما بينا (انظر آنفا فقرة ٢٨ هـ فى الهامش) . ولهذا جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا وقع التصرف على جزء مفرز من المال الشائع ، كما إذا باع مالك الحصة الشائعة جزءا مفرزا أو رهنه رهنا رسميا أو رهن حيازة ، فيكون البيع أو الرهن صحيحا إذا وقع هذا الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المالك الذى صدر منه التصرف . فإذا لم يقع فى نصيبه ، عد التصرف صادرا من غير مالك وأخذ حكمه ، إلا فى الرهن الرسمى فقد وردت فى شأنه أحكام خاصة لأغنيته » (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١) .

الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً في هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين . وسنبحث ذلك تفصيلاً عند الكلام في الرهن الرسمى ، ونجزي هـنا بالقول إن هذا النص ليس إلا تطبيقاً ، فيما يتعلق بالرهن الرسمى ، لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى سالف الذكر . ويمكن نقل الإجراءات الواردة فيه إلى جميع التصرفات ، سواء كان التصرف رهناً رسمياً أو رهن حيازة أو بيعاً أو غير ذلك ، باعتبار أن هذا النص مكمل لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى . ففي البيع الذى نحن بصددده ، ينتقل العقد إلى قدر من الجزء المفرز الذى وقع في نصيب الشريك البائع يعادل قيمة الجزء المفرز الذى وقع عليه البيع أصلاً ، ولما كان المفروض أن القسمة قد فرزت الأرض الشائعة إلى جزئين مفرزين متعادلين ، فليس للمشتري أن يتضرر من أن يقع البيع على الجزء المفرز الذى وقع في نصيب الشريك البائع . على أنه إذا كان هناك فرق في القيمة ما بين الجزئين ، ولم يتفق المشتري والبائع على شيء في هذا الأمر ، استطاع أى منهما أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالفرق : البائع إذا كان الجزء الذى وقع في نصيبه أكبر أكبر قيمة من الجزء المبيع ، والمشتري إذا كان الجزء المبيع هو الأكبر قيمة . وعلى كل حال يجب أن يوثق المشتري على هامش تسجيل القسمة بالبيع الصادر له ، حتى يكون هذا البيع نافذاً في حق الغير منذ هذا التأشير (١) .

(١) فقد لا نستطيع هنا ، دون نص ، أن نعطي للمشتري مهلة التسعين يوماً التي أعطاها القانون في حالة الرهن الرسمى (عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٩ - وقارن حسن كيرة فصلة من مجلة كلية الحقوق ص ٧٢) . ومع ذلك يذهب كثير من الفقهاء ، ولا نرى مانعاً من الأخذ برأيهم ، إلى أن كل الإجراءات الواردة في المادة ٢/١٠٣٩ مدنى ، ويدخل في ذاك مهلة التسعين يوماً ، تطبق في الرهن الرسمى وفي غيره من التصرفات كالبائع (محمد على عرفة فقرة ٣٠٢ - سليمان مرقس ومحمد على إمام في البيع فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٩ - إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٧٠ - عبد المنعم فراج الصدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٥ - ص ١٧٦)

§ ٢ - تصرف الشريك في كل المال الشائع

٥٣٣ - المشتري يعتقد أنه البائع بملك كل المال الشائع : وقد

يتصرف أحد الشركاء وحده في كل المال الشائع ، فيبيع ، في المثل الذي أسلفناه ، أحد الشريكين كل الأرض . فإذا كان المشتري يعتقد وقت أن اشترى أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها ، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع . ومن ثم يجوز له أن يطلب إبطال البيع للغلط . وله كذلك أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر ، لأن الشريك الأول قد باعها وهو غير مالك لها ، فيكون هذا هو بيع ملك الغير . والفرق بين هذه الحالة والحالة التي يبيع فيها الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع حيث لا يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر ، أنه في هذه الحالة الثانية قدمنا أن هناك احتمالاً أن يتبع كل الجزء المقر المبيع في نصيب البائع ، أما في الحالة التي نحن بصدددها فهذا الاحتمال منتف لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لا يملك فيه إلا النصف . ولذلك قررنا ، عند الكلام في البيع ، أنه إذا باع الشريك كل المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها ذو بيع ملك الغير ^(١) .

وإذا أجاز المشتري البيع ، لم يعد يستطيع الطعن فيه بالإبطال ، لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير . وإنما يستطيع أن يرجع إلى البائع بضمان الاستحقاق ، لأن الشريك الآخر يستحق نصف المال الشائع . وأياً كانت نتيجة التهمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع .

ومع ذلك يجوز للشريك البائع أن يحصل على ملكية النصف الشائع الذي للشريك الآخر ، فخلص له ملكية المال الشائع كله ، ومن ثم تنتقل هذه الملكية بالتسجيل إلى المشتري .

٥٣٤ - المشتري يعلم أنه للبائع سربط في المال الشائع : وإذا كان.

المشتري بعد وقت الشراء أن يبايع شريكاً في المال الشائع ، امتنع عليه المدين في البيع للغلط . ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية المال الشائع كله . لينقلها إليه .

فلذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله . فقد نجح في ما توقعه هو وما توقعه المشتري معه ، وانتقلت ملكية المال الشائع كله إلى المشتري بالتسجيل . أما إذا لم يستطع البائع استخلاص ملكية المال الشائع كله ، فإنه يكون للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . وقد سبق أن قررنا ، عند الكلام في البيع ، في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع . ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة ، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفريق عليه الصفقة » (١) .

٥٣٥ - أثر نصرف الشريك في حقوق باقي الشركاء : أما باقي

الشركاء فإنهم يعتبرون من الغير في التصرف الذي يصدر من الشريك في كل المال الشائع ، وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال . ولكن التصرف ينفذ في حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي للشريك البائع (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٩ - وانظر إسماعيل غانم فقرة ٧٨ - حسن الدين الديكيز في التأمينات فقرة ٤٣ و فقرة ٤٥ - وقارن محمد علي عرفة فقرة ٣٠٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٥ - شفيق شحانة فقرة ١٤٣ - حسن كبيرة فقرة ١١٤ ص ٦٥ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٤ ص ١٩٩ .

(٢) محمد علي عرفة فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٥ - حسن كبيرة فقرة ١١٤ ص ٣٦٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٤ .

وانظر نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ - موعة المكتب القني في حصة وعشرين عاماً جزء ٢

ومن ثم يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، وبصبح شريكا في الشبوع مع سائر الشركاء^(١). وليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها .

وقبل القسمة ، يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال ، بعد أن أصبح مملوكا لهم وللمشتري على الشبوع^(٢). ولم أن يطالبوه بالقسمة ، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم بما يقع في نصيبه ، ورجع المشتري على الشريك البائع بدعوى الاستحقاق الجزئي بقدر حصص للشركاء الآخرين^(٣).

الفرع الثاني

قسمة المال الشائع

٥٣٦ - الأصل عدم إيجاب الشركاء على البقاء في الشبوع : بالرغم من أن التقنين المدني الجديد قد نظم الملكية الشائعة تنظيما مفصلا ، فوضع قواعد عملية لإدارتها إدارة معتادة وإدارة غير معتادة وللتصرف فيها ، مما يجعل البقاء في الشبوع ولو إلى حين أمراً غير شاق على عكس ما كانت عليه الحال في عهد للتقنين المدني السابق حيث لم يكن الشبوع منظماً ، بالرغم من كل ذلك فإن البقاء في الشبوع لا يزال أمراً غير مرغوب فيه ، ولا يجبر الشركاء عليه . فلا زال للشبوع مصدر متاعب ، وكثيراً ما يختلف الشركاء في الشبوع ويقلب أن يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكدر صفو الأسرة من جراء هذا الاختلاف. ثم إن استقلال الفرد باستغلال ملكه أمر لاشك في رجحانه على الاستغلال

(١) وقد رأينا أن الشريك إذا باع جزءاً مفرزاً في المال الشائع ، فإن المشتري لا يعتبر شريكاً بحصة شائعة مع الشركاء في المال الشائع (انظر آنفاً فقرة ٥٣١ في الهامش) . أما هنا ، وقد باع الشريك كل المال الشائع ، فإنه يكون قد باع ضمناً حصته الشائعة في هذا المال وخرج من عداد الشركاء في الشبوع ، فيحل له المشتري في حصته الشائعة ، وبصبح شريكاً بدلاً من سائر الشركاء .

(٢) استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦ .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٧٠ وص ٣٠٥ هامش ١ .

الجماعى للشركاء فى الشيوع : وفيه محافظ قدى على العمل والابتداع . ومن م
قضى القانون بأن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع لإزالة الشيوع^(١) ،
مالم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بموجب نص أو اتفاق .

ذلك أن الشريك فى الشيوع قد يجبر على البقاء فى الشيوع بموجب نص ،
وهذا هو الشيوع الإجبارى^(٢) . وسنرى أن القانون يقضى فى شأن هذا

(١) وإذا كانت القسمة هى السبب الرئيسى لإزالة الشيوع ، فإن هناك أسباباً أخرى غير
القسمة تزيل الشيوع . من ذلك أن يكسب أحد الشركاء حصص باقى الشركاء جميعها ، أو يكسب
أجنبى حصص جميع الشركاء ، بأى سبب من أسباب كسب الملكية كالعقد أو الميراث أو الوصية
أو الشفعة أو التقادم . فتتجمع كل الحصص الشائعة فى يد مالك واحد ، ويترتب على ذلك أن يزول
الشيوع . وكذلك قد يتحول الشيوع إلى شركة ذات شخصية معنوية ، فيملك الشخص المعنوى المال
الذى كان شائعاً وزول الشيوع (پانيول وريبير وبولانجيه ٣ : ٣٠٥٢ - حق كبرى فقرة ١٢٨
ص ٤٣٩) - وفيما يتعلق بزوال الشيوع بالتقادم دون القسمة ، قضت محكمة النقض بأنه
لا تلازم بين نفي القسمة وقيام الشيوع ، لأن واحداً من الملاك الشائعين أو بعضهم قد يستقل بوضع
يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم هذا التملك بانقضاء المدة الطويلة المخصصة
للملكية ، وفى هذه الصورة لا يوجد شيوع مع أن قسمة لم تقع (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٧
ملحق المحاماة ٢٧ رقم ١١٦ ص ٢٨١) .

(٢) وهناك أيضاً نص فى قانون الولاية على المال يمنع من إجراء القسمة لمدة لا تتجاوز خمس
سنين ، فقد نصت المادة ٤١ من هذا القانون على أنه : « إذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو
المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة ، بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب
النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها
ضرراً جسيماً » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فى هذا الصدد : « وقد استقر هذا
الحكم من القانون المدنى الإيطالى ، وأريد منه إلى دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عايه
أو الغائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع . ومن المفهوم أن وقف القسمة مدى السنوات الخمس
يجب أن يقتصر على مدة القصر أو الحجر أو النفيه ، أما إذا بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر
الغائب قبل انتهاء هذه المدة ، فلا شك فى أن وقف الإجراءات يزول بزوال مقتضيه . فن الفروض
ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر ، كما هو الشأن لو هبطت أثمان
العقارات هبوطاً جسيماً فى فترة من الفترات ، وكان مآل هذا المال البيع لعدم إمكان القسمة أو
البيع بشئ بخس بعد القسمة ، وكما هو الشأن فى الحالات التى يمكن فيها بقاء الشيوع ضامناً لحسن
استغلال العين الشائعة بما فى ذلك نصيب القاصر ، ويتحقق ذلك فى الأراضى الزراعية مثلاً عندما
يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ويكون هو من قطان المدن ، كما يتحقق فى حالة ما إذا
كان القاصر شريكاً فى متجر أو مصنع يتولى إدارته أحد الشركاء .. بيد أنه يلاحظ من ناحية أخرى -

لشروع الإجبارى بأن « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشروع » (م ٨٥٠ مدنى) . وسنبحث فيما يلى بالتفصيل الشروع الإجبارى وأنواعه المختلفة .
وقد يجبر الشريك على البقاء فى الشروع بموجب اتفاق بينه وبين مائتر الشركاء ، وهذا ما نتولى الآن بحثه .

٥٣٧ - جواز ارتفاع على البقاء فى الشروع لمدة معينة - نص قانونى :
تنص المادة ٨٣٤ مدنى على ما يأتى :

« لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشروع بمقتضى نص أو اتفاق . ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة لى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه » (١) .

= أن النص الجديد لا يتناول إلا حالة الشروع الناشئة من الميراث فى أموال بخصوصها ، فهو لا يطبق على القسمة التى تكون نتيجة للتصفية كما هو الشأن فى الشركات .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدي مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يشتمل على فقرة ثانية تجر على لوجه الآتى : « ٢ - ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشروع ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشروع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما إذا أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد سبب قو يبرر ذلك » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص بعد أن حذفت منه الفقرة الثانية ، وأصبح رقمه ٩٠٥ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أعيدت الفقرة الثانية لئلا كانت لجنة المراجعة قد حذفها ، ووافق مجلس النواب على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ٩٠٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح دة أخرى حذف للفقرة الثانية « بحجة أن القاعدة القانونية هى أن الاتفاق قانون المتعاقدين ، ولذا لا يصح الخروج عليها إلا لسبب يتعلق بالنظام العام ، ويجب احترام اتفاقات الشركاء فى هذا الشأن لأنه قد تكون لهم ظروف قوية فى البقاء أو عدم البقاء فى الشروع » . وعارض أحد الأعضاء هذا الاقتراح « قائلًا إن من المصلحة إعطاء للقاضى شيئاً من السلطة ليتدخل فى بعض حالات الشروع الضارة ، فالرخصة المنصوص عليها فى هذه الفقرة لها قيمتها ، والمفروض أن القاضى يستطيعها استعمالاً معقولاً ، وسيخضع فى ذلك لرقابة محكمة الاستئناف » . ولما أعادت اللجنة مناقشة الفقرة الثالثة فى جلسة تالية ، وافقت الأغلبية على حذفها « توجهاً لاستقرار التعامل » . وقد أصبح النص بعد حذف الفقرة الثانية مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٣٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدت لجنته (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٠٠ - ص ١٠٤) .

وبتبيين من هذا النص أن كل شريك : مالم يكن في شيوخ إجبارى بموجب نص في القانون ، ومالم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوخ لمدة معينة ، من حقه في أى وقت مادام الشيوخ قائماً أن يطلب قسمة المال الشائع . فإذا كان الشيوخ قد زال بالقسمة ، لم يجوز طلب قسمة المال مرة أخرى بعد القسمة الأولى ، إلا إذا ثبت أن القسمة الأولى باطلة أو أن بها عيباً يجوز إبطالها فأبطلت أو أنها فسخت أو زالت بأى وجه . كذلك لا يثبت الحق في القسمة قبل ابتداء الشيوخ ، فاتفق الورثة قبل موت مورثهم على قسمة ما سيؤول إليهم من تركته يكون باطلاً باعتباره تعاملًا في تركه مستقبلية^(١).

كذلك لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة إذا كان قد تقيّد باتفاق مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوخ لمدة معينة ، وطوال هذه المدة . والذي يدعوا الشركاء إلى الاتفاق على البقاء في الشيوخ دواعٍ متنوعة . فقد يكون بينهم من هو ناقص الأهلية تقتضى القسمة معه إجراءات معينة قد تطول ، ويكون ناقص

— ولا مقابل لنص في التقنين المدنى السابق ، ولكن تقنين المرافعات السابق كان يشتمل على نص هو المادة ٧١١/٦٢١ تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لكل شريك في عقار مشاع أن يطلب قسمة ، ولا يصح الاتفاق على خلاف ذلك إلا بمن يكون أهلاً لتصرف لمدة لا تزيد على خمس سنوات بالأكثر . وتتبع في التمسة القواعد المقررة في القانون المدنى . » ونص تقنين المرافعات يتفق في حكمه مع نص التقنين المدنى الجديد ، إلا أنه يشترط أهلية التصرف .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٣ (مطابق) .

لتقنين المدنى العراقى م ١٠٧٠ (موافق) .

قانون المذجات والمقود البنائى م ٨٤٠ : لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ ، فلكل شريك

أن يطلب القسمة ، وكل نص يخالف يكون باطلاً .

م ٨٤١ : ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن الشريك لا يمكنه أن يطلب القسمة إلا بعد انصرام مدة معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الأكثر . على أن المحكة يجوز لها ، حتى في هذه الحالة ، أن تأمر بعمل الشركة والقسمة في أثناء المدة المتفق عليها لاستمرار الشيوخ - انظر أيضاً قانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ .

(والقانون البنائى يتفق مع القانون المصرى ، فيما عدا أن القانون البنائى يجيز لقاض أن يأمر بالقسمة حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها البقاء في الشيوخ) .

(١) بيدان وليبال ه مكر قهرة ٦٤٤ .

الأهلية سيستكمل أهليته بعد زمن غير طويل ، فيتفق الشركاء ، ويتفق معهم النائب عن ناقص الأهلية . على أن يبقوا جميعاً في الشيوع إلى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته . وقد يكون بين الشركاء في الشيوع غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة ، فيتفق باقي الشركاء على البقاء في الشيوع هذه المدة حتى يقدم الغائب . وقد يكون أمام الشركاء في الشيوع مشروع لاستغلال المال أولاً إجراء إصلاحات فيه وهو في حالة الشيوع . فيتفق الشركاء على البقاء في الشيوع المدة اللازمة للقيام بهذا المشروع أو لإنجاز الإصلاح المطلوب . وقد تقتضي القسمة بيع بعض أعيان شائعة ، وبيعها فوراً يعود عليهم بخسارة ، فيستبقون بالاتفاق الشيوع لمدة معينة حتى توافي فرصة ملائمة لبيع هذه الأعيان^(١) . وهكذا نرى أن هناك أسباباً متنوعة قد تقتضي من الشركاء أن يبقوا في الشيوع مدة معينة ، فيعمدون إلى الاتفاق فيما بينهم على البقاء في الشيوع طوال هذه المدة^(٢) .

والاتفاق على البقاء في الشيوع يقع عادة بين جميع الشركاء ، ولما كان البقاء في الشيوع عملاً من أعمال الإدارة ، فالاتفاق عليه لا يقتضي من الشريك إلا أن يكون متوافراً على أهلية الإدارة . فلا تلزم أهلية التصرف^(٣) . وليس من الضروري أن يدخل في الاتفاق جميع الشركاء ، فقد يتفق بعض الشركاء على البقاء في الشيوع ، فيكون هذا الاتفاق ملزماً لهم دون غيرهم من الشركاء الذين لم يدخلوا في الاتفاق^(٤) . وقد رأينا مثلاً لذلك فيما قدمناه من الاتفاق على البقاء في الشيوع بين الشركاء إذا كان بينهم غائبون ، فلا يدخل هؤلاء في الاتفاق ولا يكون مازماً لهم^(٥) .

(١) بودرى وقال في الموارد ٢ فقرة ٢١٨٣ ص ٦٧٠ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الاتفاق على البقاء في الشيوع مقصوراً على بعض الأموال الشائعة دون البعض الآخر (بودرى وقال في الموارد ٢ فقرة ٢٣٤٣ ص ٧٦٣) .

(٣) انظر في هذا المعنى بودرى وقال في الموارد ٢ فقرة ٢١٨٩ مكررة .

(٤) أنسيكلوبيدي دالموز ٢ لفظ Indivision فقرة ٢١٢ - إسماعيل عام فقرة ٨٨

ص ٢٠٥ - حن كيرة فقرة ٤٥١ ص ٤٥٥ - منصور مصطلح منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .

(٥) والاتفاق على البقاء في الشيوع ملزم للشريك الذي دخل فيه ، ولخلافه العام والخاص .

أي موارد ومشتتر حصة الشريك . ونص المادة ٨٣٤ مدني صريح . كما رأينا في إيراد -

وقد رأينا أن المادة ٨٣٤ مدني تعين للاتفاق على البقاء في الشروع حداً أقصى للمدة هو خمس سنوات . حتى لا يجبر الشركاء على البقاء في الشروع إلا مدة معقولة . فإذا حدد الشركاء المدة التي يبقون فيها على الشروع بسنة أو بأقل أو بأكثر . جاز ذلك بشرط ألا تزيد المدة على خمس سنوات . فإن حدد الشركاء مدة أطول من خمس سنوات ، أو جعلوا الاتفاق مؤبداً ، أو حددوا مدة غير معينة^(١) . كانت المدة في جميع هذه الفروض خمس سنوات لا تزيد^(٢) .

على أنه من الجائز . إذا اتفق الشركاء على البقاء في الشروع مدة خمس سنوات . وانقضت هذه المدة ، أن يحددوا الاتفاق لمدة خمس سنوات ثانية ، ثم لمدة خمس سنوات ثالثة ، وهكذا . ولكن إذا كان قد انقضى من إحدى هذه المدد وقت يقل عن خمس سنوات . كأن انقضى ثلاث سنوات . وعدم الشركاء إلى التجديد . فإن التجديد في هذه الحالة لا يجوز أن يكون إلا لمدة لا تزيد على خمس سنوات تبدأ من وقت نهاية ثلاث السنوات التي انقضت ،

= الخلف . ولما كان النص صليحاً ، فإن المفسر الخامس (المشترى) يلتزم بالاتفاق سواء كان يعلم وقت الشراء بوجود الاتفاق أو لم يعلم . وهذا على خلاف القاعدة العامة في الخلف الخاص . الذي لا ينتقل إليه التزام سلفه إلا إذا كان عالماً به وقت التعاقد مع هذا السلف . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ دمش ٢ - عبد المنعم وحج - عدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ - عكس ذلك حسن كبيرة فقرة ١٣٧ ص ٤٥٦ دمش ٢ .

(١) ومثل تحديد مدة غير معينة أن يتفق الشركاء على البقاء في الشروع حتى موت أحدهم (الآثم أو الأب مثلاً) (بودري وقال في الماء اريث ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١) . كذلك تكون المدة خمس سنين إذا لم يحدد الشركاء في الاتفاق على البقاء في الشروع مدة أصلاً (بودري وقال في المواريث ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١ - ص ٦٧٢ - دانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٢ - دانيول وريبير وبولانجييه ٣ فقرة ٢٧٩٧ - دانيول وريبير وموري وفيالتون فقرة ٤٨٨) .

(٢) وقد ساء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « وقد يتفق الشركاء في الشروع المعتاد على البقاء فيه إلى أجل يجب ألا يزيد على خمس سنين . فإن زاد أنقص إلى المدة المنصوص عليها في هذه المادة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠١) . وجاء في المادة ١٠٧٠ مدني عرقى : « فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشروع مدة أطول أو مدة غير معينة . فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين » .

أما إذا تبين أن الشركاء ، وقد تعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات ، ما كانوا يتعاقدوا لمرأى المدة كانت خمس سنوات فقط ، فعند ذلك يكون التعاقد كله باطلاً تطبيقاً للمادة ١٤٣ مدني (إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤ - عبد المنعم فرج عدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ - حسن كبيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨) .

لا من وقت انقضاء خمس السنوات التي كان الاتفاق قد تم عليها . فتجديد المدة معناه هنا إذن استبدال المدة الجديدة بالباقى من المدة القديمة^(١) . ولو قلنا بغير ذلك لأمكن الشركاء بطريق غير مباشر أن يتعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات ، بأن يتعاقدوا أولاً على خمس سنوات وفى اليوم التالى مثلاً يتعاقدون على خمس سنوات أخرى ، فيصلوا بذلك إلى التعاقد على عشر سنوات^(٢) .

وقد قدمنا^(٣) أن قسمة المهايأة المكانية لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات لأن الشركاء يبقون فى الشيوع فى خلال هذه المدة ، ولا يقتسمون إلا المنفعة . فإذا زادت مدة المهايأة على خمس سنوات ، كان فى هذا إجبار للشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات^(٤) . وهذا ما يخالف المادة ٨٣٤ مدنى التي نحن بصدددها^(٥) .

(١) بودرى وقال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٩٤ - أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٦ - بلانيول وريبير ومورى وفيالتون فقرة ٤٨٩ - بلانيول وريبير وبلانچيه ٣ فقرة ٢٧٩٨ .
(٢) محمد على عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٢٦ - عبد المنعم البدارو فقرة ١٥١ ص ١٨١ - إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤ ص ٢٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .

ويترتب على ذلك أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات ، إذا تضمن شرطاً يقضى بتجديد المدة بعد انقضائها ، لا يسرى إلا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائى (بودرى وقال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٩٤ ص ٦٧٧) . فإذا انقضت مدة خمس السنوات ، جاز للشريك أن يمارض فى التجديد ، وبذلك لا يكون ملزماً لمدة تزيد على خمس سنوات . أما إذا كانت المدة الأصلية ثلاث سنوات مثلاً ، وتضمن الاتفاق شرطاً بالتجديد سنين أخيرين ، جاز ذلك ، إذ كان فى الإمكان الاتفاق على خمس سنوات منذ البداية (حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٩٢ .

(٤) محمد على عرفة فقرة ٣٣٨ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ - حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ .

(٥) ويجوز للشركاء تحويل الشيوع إلى شركة تتسنع بالشخصية المعنوية ، وتكون هى المالكة لئال ما بقيت شخصيتها قائمة ولو زادت المدة على خمس سنوات (أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٢ - بلانيول وريبير ومورى وفيالتون فقرة ٤٩١ - إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - حسن كيرة فقرة ١٢٨ ص ٤٣٩) .

وليس من الضروري أن يكون مرسوم الشرع بالبراءة على الشيوع اتفاقاً فيما بينهم وحدهم ، فيصح أن يكون اتفاقاً بينهم وبين الملة ، الذى تلقوا منه المال الشائع ، كما إذا وعب شخص مالا لشخصين على الشيوع واشترط عليهما البقاء فى الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات لباعث مشروع . كذلك قد لا يكون هناك اتفاق أصلاً . كما لو أوصى شخص بمال لشخصين على الشيوع . واشترط عليهما البقاء فى الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات لباعث مشروع . وتستخلص هذه الأحكام من المادة ٨٢٣ مدنى التى تجيز ، كما رأينا ، فى عتمة أو فى وصية أن يشترط الواهب أو الموصى عدم جواز التصرف فى المال الموهوب أو الموصى به . فأرى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء فى الشيوع وهو شرط أخذ من شرط المنع من التصرف (١) .

وقد كان مشروع المادة ٨٣٤ مدنى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ،

(١) إسماعيل غام فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ - وانظر فى معنى عدم الجواز محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٧ - محمد على عرفة فقرة ٣١٩ - عبد المنعم الدراوى فقرة ١٥١ - حسن كبيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ .

أما فى فرنسا ، فيفرقون بين الهبة والوصية . ففى الهبة - وهى اتفاق - يجوز اشتراط البقاء فى الشيوع طبقاً لأحكام المادة ٨١٥ مدنى فرنسى . ويختلف الأمر فى الوصية ، فهى ليست اتفاقاً ، ونص المادة ٨١٥ لا يجيز المنع (prohibition) من القسمة مهما قلت المدة ، ويجيز الاتفاق (convention) على البقاء فى الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات (بودرى وقال فى المماريث ٢ فقرة ٢١٨٦) . وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يجيز شرط البقاء فى الشيوع فى الوصية (ديمولوب ١٥ فقرة ٥١١ - أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٧) - وقد صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية يفرق بين التصاب الجائز بالإبضاء به فيجوز فيه أن تتضمن الوصية شرط البقاء فى الشيوع ، وبين ما لم يدخل فى هذا التصاب فلا يجوز فيه المورث أن يترك وصية يلزم بها توارثه البقاء فى الشيوع (نقصة نسي ٢٥ ذ فبررة ١٩٤٠ جازيت دوباليه ١٩٤١ - ١ - ١٧ - وانظر هلاينبول وديور وبولانجه ٣ فقرة ٢٨٠٤) .

إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك»^(١) . وقد كان هذا النص يجعل الاتفاق على البقاء في الشروع اتفاقاً بالغ المرونة . فيمكن التحلل منه قبل انقضاء الأجل المحدد إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ، ويمكن المد في أجله ، بل يمكن الإلزام بالبقاء في الشروع حتى لو لم يوجد اتفاق على ذلك أصلاً ، إذا كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء^(٢) . ولما كان النص على هذا النحو يجعل من اليسير التحلل من شرط البقاء على الشروع ، فقد حذفته لجنة مجاس الشروع «توخياً لاستقرار التعامل»^(٣) . فأصبح الاتفاق على البقاء في الشروع ، على الوجه الذي سبق بيانه ، ذا قوة ملزمة ، وتجب مراعاة الأجل المحدد فيه فلا يزيد ولا ينقص^(٤) .

٥٣٨ - أنواع القسمة : ويستخلص مما قدمناه أن كل شريك له أن يطلب قسمة المال الشائع في أي وقت مادام الشروع قائماً ، وذلك ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشروع بنص في القانون أو بموجب اتفاق على النحو الذي يناله .

والقسمة يمكن تقسيمها إلى أنواع مختلفة . فهي تنقسم أولاً إلى قسمة مؤقتة (partage provisionnel) وقسمة نهائية (partage définitif) . فالقسمة

(١) انظر آنفا نفس الفقرة في الهامش .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠١ .

(٣) انظر آنفا نفس الفقرة في الهامش .

(٤) أما إذا لم يكن هناك اتفاق على البقاء في الشروع ، فالأصل أن للشريك كما قدمنا حق طلب القسمة مادام الشروع قائماً ، ومع ذلك لا يجوز التعسف في استعمال هذا الحق . فإذا طلب الشريك القسمة في وقت غير مناسب وكانت القسمة فزراً تضر بمصالح الشركاء وبمصلحته هو ، فإن لتناهي رفض طلبه وإبقاء الشروع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء ، وقد يستعيز القاضى عن القسمة النهائية في المال بقسمة مهايأة تبقى إلى أن يحين الوقت المناسب للقسمة النهائية . انظر في هذا المعنى حزن كبيرة فقرة ١٣٧ - وانظر عكس ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ - ص ٢٠٧ .

وقد مر بنا تطبيق تشريعي لهذا المبدأ ، إذ تنص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فالحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً» (انظر آنفا فقرة ٥٣٦ في الهامش) .

الموقفة هي قسمة المهايأة المكانية أو الزمانية على التفصيل الذي قدمناه^(١). وهي قسمة منفعة لا قسمة ملك ، ولذلك لا تبقى إلا لمدة معينة ، ومن ثم سميت بالقسمة الموقفة . أما القسمة النهائية فهي قسمة ملك لا قسمة منفعة فحسب ، وإذا تمت فإنها تدوم ولا تزول كما تزول القسمة الموقفة . ما لم تكن معلقة على شرط فاسخ وتحتق الشرط أو معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط ، فإنها في هذه الحالة تزول بأثر رجعي ونعتبر كأن لم تكن ، ومن ثم تسمى القسمة المعلقة على شرط بالقسمة غير الباتة (partage provisoire) . فهناك إذن فرق بين القسمة الموقفة (provisionnel) والقسمة غير الباتة (provisoire) . فالأولى لا تبقى إلا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعي ، في حين أن الثانية تبقى دائماً أو تزول بأثر رجعي ، فهي إما موجودة على سبيل الدوام أو تعتبر كأن لم تكن ، والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية (partage total) أو قسمة جزئية (partage partiel) ، وإما أن تكون قسمة عينية (partage en nature) ، أو قسمة تصفية (partage par licitation) ، وإما أن تكون قسمة اتفاقية (partage conventionnel, amiable) أو قسمة قضائية (partage judiciaire) .

فالقسمة الكلية هي القسمة التي تتناول جميع الأموال الشائعة . فتقسمها كلها بين الشركاء . وتقرر نصيب كل منهم في جميع هذه الأموال . وهذا هو الأصل في القسمة النهائية . ولكن قد تكون القسمة النهائية قسمة جزئية ، لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة فتقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها . أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعاً على حاله . وقد تكون القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء في جميع الأموال الشائعة ، وإبقاء سائر الشركاء على الشيوع في جميع الأموال التي تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز^(٢) .

والقسمة العينية هي قسمة الأموال الشائعة عينا . فيفرز نصيب كل شريك في نفس الأموال الشائعة . وهذا هو أيضاً الأصل في القسمة النهائية . ويكون

(١) انظر تعاقباً فقرات ٤٩١ - ٤٩٤ .

(٢) أوبري ورو ١٠ فقرات ٦٢٣ ص ١٥٦ هامش ه ثانياً - حين كيرة فقرات ١٣٠ . وقد تكون التهمة بتسليم الأموال الشائعة إلى مجموعتين أو أكثر ، يختص بكل مجموعة فريق من الشركاء ، فتبقى المجموعة شائعة بين أفراد هذا الفريق . وهذا ما يسمى بقسمة الطبقات أو قسمة الفئات (منصور منصور فقراء ٧١) .

الإفراز إما بطريق التجنيب (attribution)، أو بطريق القرعة (tirage au sort) (١). وقد تكون القسمة العينية بمعدل (soulte)، إذا لم تيسر إلا عن طريق أن بعض الشركاء ينال نصيباً أكبر من حصته فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيباً أقل مبلغاً من النقود يعدل أنصبتهم فنكون معادلة لحصصهم. أما إذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيباً مفرزاً من نفس هذا المال يساوى حصته الشائعة، كانت هذه القسمة هي القسمة العينية بغير معدل. وقد لا تمكن القسمة العينية حتى مع المعدل، فلا يكون هناك إذن سبيل لقسمة المال الشائع إلا عن طريق التصفية. والتصفية معناها بيع المال الشائع في المزاد، وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة. ولما كان الثمن الذي يرسو به المزاد هو مبلغ من النقود، فإن قسمته بين الشركاء تكون دائماً ممكنة. فإذا اتفق الشركاء فيما بينهم على أن مزاد المال الشائع ينحصر فيهم، فلا يدخل في المزايدة أجنبي عنهم. فهنا يكون رسو المزاد على أحد الشركاء قسمة بطريق التصفية. أما إذا لم يتفق الشركاء على انحصار المزاد فيهم، فإنه يجوز عند ذلك أن يدخل في المزاد الشريك والأجنبي. فإن رسا المزاد على شريك، كانت القسمة هنا أيضاً قسمة بطريق التصفية. وإن رسا المزاد على أجنبي، لم يعتبر رسو المزاد قسمة تصفية، بل يكون بيعاً عادياً صدر من جميع الشركاء إلى الأجنبي عن طريق المزاد.

والقسمة النهائية - كالية كانت أو جزئية، عينية كانت أو قسمة تصفية - تكون إما قسمة اتفاقية، أو قسمة قضائية. فتكون قسمة اتفاقية إذا انفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضي دون الالتجاء إلى القضاء، فيتفقون على كفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها. كما يتفقون، إذا اقتضى الأمر بيع المال الشائع بالمزاد، على أن تكون المزايدة رضائية. فإذا لم يتيسر الاتفاق، لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة إلا عن طريق الالتجاء إلى القضاء، وهذه هي القسمة القضائية.

(١) ويكون الإفراز أيضاً بطريق التجميع بأن يتجمع نصيب الشريك في شيء مفرز واحد، أو بطريق التفريق بأن يتفرق نصيب الشريك على جميع الأموال الشائعة فيأخذ الشريك جزءاً مفرزاً في كل مال منها.

وقد سبق الكلام في القسمة الموقتة ، وهي قسمة المهايأة . ونتولى الآن بحث القسمة النهائية . فتكلم في مسألتين : (١) كيف يتم إجراء القسمة ، (٢) ما يترتب على القسمة من الآثار .

المبحث الأول

كيف يتم إجراء القسمة

٥٣٩ — **القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية** : إجراء القسمة . سواء كانت كلية أو جزئية ، وسواء كانت عينية أو بطريق التصفية ، يختلف في القسمة الاتفاقية عنه في القسمة القضائية . فنبحث إذن لإجراء كل من القسمتين الاتفاقية والقضائية . ونبحث بعد ذلك ما لدائني الشركاء من حق التدخل في القسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية . حماية لمصالحهم .

المطلب الأول

القسمة الاتفاقية

٥٤٠ — **نص قانوني** : تنص المادة ٨٣٥ مدني على ما يأتي :
« للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون » (١) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٥١ / ٥٤٨ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٤ - ص ١٠٥) .

(٢) التقنين المدني السابق ٤٥١ / ٥٤٨ : وفي جميع الأحوال الأخرى ، يجوز لشركاء الذين لهم أهلية التصرف في حقوقهم ، إذا اقتضت الحال قسمة أموال مشتركة ، أن يباشروا القسمة بالطريقة التي يرضونها ، إذا كانوا متفقين بأجمعهم عليها .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٨٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧١ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٩٢٢ و ٩٤١^(١) . ويتبين من هذا النص أن القسمة الاتفاقية هي عقد تسرى عليه أحكام العقود بوجه عام . وسنرى ، إلى جانب ذلك ، أن هناك أحكاماً خاصة بـ بنقض القسمة الاتفاقية للغير .

١٥ - كيف يتم إجراء القسمة الاتفاقية

٥٤١ - القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه أمطام سائر العقود :

والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، أطرافه الشركاء المشتاعون ، ومحله

= (ولا خلاف في الحكم ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق في المادة ٥٤٩/٤٥٢ منه كان يوجد أن تكون القسمة قضائية فيما إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو محجوراً عليه أو غائباً) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧١ : ١ - للشركاء ، إذا لم يكن بينهم محجور ، أن يقتسما

المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها ٢ - لا تتم القسمة الرضائية في العقار إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ٣ - لدائني كل شريك أن يطعنوا في القسمة ، إذا كان فيها غش أضر بمصالحهم . (وحكم التقنين العراقي يتفق بوجه عام مع حكم التقنين المصري) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٢٢ : تجرى القسمة بين الشركاء في شركات العقد أو

الملك ، إذا كانوا راشدين ومالكين حق التصرف في حقوقهم ، وفاقاً للطريقة المعينة في عقد إنشاء الشركة أو الطريقة التي يتفقون عليها ، إلا إذا قرروا بالإجماع إجراء التصفية قبل كل قسمة .

م ٩٤١ : عند نهاية التصفية في الحالة المنصوص عليها في المواد السابقة وفي جميع الأحوال

الداعية إلى قسمة الأموال المشتركة ، يجوز للشركاء المالكين حق التصرف في حقوقهم أن يشعروا في القسمة على الطريقة التي يرونها مناسبة ، بشرط أن يتفقوا عليها بالإجماع - ويحق لجميع الشركاء ، حتى الذين لا يد لهم في الإدارة ، أن يشتركوا مباشرة في أعمال القسمة (عدلت بقانون ٢١ كانون سنة ١٩٥٤) . انظر أيضاً م ٩٤٢ وقد عدلت بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ . (وحكم

التقنين اللبناني يتفق في موعده مع حكم التقنين المصري ، إلا أن المشرع اللبناني ، في حالة المحجور والقاصر ، يقتصر على بسط رقابة المحكمة رقابة لاحقة للقسمة ، أما في القانون المصري فالرقابة سابقة ولاحقة : م ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال - وفي القانون اللبناني تشمل الرقابة الولي والوصي ، ولا تشمل في القانون المصري إلا الوصي - انظر في ذلك حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥) .

المال الشائع . ومن ثم تسرى على هذه القسمة أحكام العتود . فلا بد من تراضى الشركاء . وتوافر الأهلية . وخلو الإرادة من العيوب . واستيفاء المحل لشروطه . ووجود سبب مشروع .

ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف . كما إذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء . كذلك يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ ، كما إذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء في خلال مدة معينة .

وإذا أبرم القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون بعض . فإن الشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمين بها . حتى إذا أقرها الشركاء الآخرون أصبحت نافذة في حق الجميع^(١) . وقد يجعل إقرار الشركاء الذين لم يبرموا العقد شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً في القسمة^(٢) .

وتخضع القسمة الاتفاقية للتواعد العامة في الإثبات . فإذا زادت قيمة المال الشائع الذي دخل القسمة على عشرة جنهات . كما هو الغالب . فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة . أما إذا لم تزيد القيمة على عشرة جنهات . فإنه يجوز إثبات القسمة بالبينة والقرائن .

وقد قدمنا أن المادة ٨٤٦ / ٢ مدني تقضي بأنه إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة . انقلبت قسمة نهائية . ما لم يتفق الشركاء على غير

(١) نقض مدني ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ - موعة عمر ٥ رقم ٢١٢ ص ٤٥١ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٣ ص ٢٧٦ - ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ - موعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٣ ص ١١٥٢ - ويعتبر عقد القسمة . بالنسبة إلى من لا يقره من الشركاء . إيجاباً موحهاً إلى هؤلاء . فيكون لهم أو لورثتهم إقرار القسمة بقبولهم إياها . ولكن هذا الإيجاب يوقف ثمة المدة المحددة له أو لمدة المفقودة . وفقاً لأحكام المادة ٩٣ مدني (بص إسماعيل غانم فقرة ص ٢٠٩ هامش ٢) .

(٢) وذلك فيما إذا لم يعتبر عند القسمة إيجاباً موحهاً لمن لم يقره من الشركاء ، كما سبق القول . أما القسمة التي تتم بين بعض الشركاء وتتناول كل المال الشائع ، فتهدر عمداً أو خطأ نصيب الشركاء الذين لم يشتركوا في القسمة . فتكون بداية باطلة (بيدان وليال ٥ مكرر فترة ٨٩٨ ص ٦٣٠ - ص ٦٣١ - ٦ يناير ١٩٥٠ وريبير وموري وفياتون ٤ فترة ٦٨٤ - إسماعيل غانم فترة ٨٩ ص ٢١٠) .

ذلك . فالتراضى هنا لم يقع ابتداء على قسمة نهائية . وإنما وقع على مهاياة مكانية مؤقتة . ومع ذلك تنقلب هذه القسمة المؤقتة . بحكم القانون لا بحكم التراضى ، إلى قسمة نهائية إذا دامت خمس عشرة سنة ولم يكن الشركاء قد اتفقتوا من قبل على أن المهاياة لا تنقلب إلى قسمة نهائية . وقد سبق تفصيل القول في ذلك^(١) ، ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن المهاياة المكانية التي انقلبت إلى قسمة نهائية ليست بقسمة اتفاقية ، فلا يجوز نقضها للغبن كما تنقض القسمة الاتفاقية . وهي في الوقت ذاته ليست بقسمة قضائية . وإنما هي قسمة وقعت بحكم القانون .

أما القسمة الفعلية (partage de fait) فهي قسمة اتفاقية . يجوز نقضها للغبن والقسمة الفعلية تقوم على اتفاق بين الشركاء ، ولكنه ليس اتفاقاً صريحاً ، بل هو اتفاق ضمني . فيتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم يهيج نهجه سائر الشركاء ، كل منهم يتصرف في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع . فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمناً أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه^(٢) . ويكتفى

(١) انظر آتفاقرة ٤٩٢ .

(٢) والمحكمة أن تستخلص الإرادة الضمنية في القسمة الفعلية من ظروف الحال . وقد قضت المحكمة بالنقض بأنه إذا كان الحكم قد استظهر بما استمد منه من التصرفات الصادرة من الورثة في أوقات سابقة ، وما ذكره بعضهم في عقد صادر منه يبيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضى المدة الطويلة - استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض الخلفة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة التي قال بها ، ولو أنها لم تكن بعد مسجل ، نتائجها القانونية في حق الغير ، فلم يعمل على ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضاً شائعة لا يملك منها شيئاً بمقتضى القسمة ، فإنه لا يكون قد حالف للقانون في شيء . (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ص ٢ ص ٨٨٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة ، مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسلاً على التقرير بوقوع تعاقب على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يمحى الغنى عليه أنه قد خالف القانون إذا هو لم يستند إلى دليل كتابي (نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ص ٢ ص ٨٨٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم ، إذ قضى بأحقية المدعى -

في تسجيل هذه القسمة بتسجيل التصرفات المتابعة التي قام بها الشركاء متعاقبين . وفي نقض هذه القسمة لتبين تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء بوقت إبرام التصرف الأخير ، إذ أن القسمة الفعلية لم تتم إلا وقت إبرام هذا التصرف (١) .

٥٤٢ - للشركاء اختيار طريقة القسمة التقائية : وقد رأينا (٢) أن المادة ٨٣٥ مدني تنص على أن « للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ... » . فللشركاء إذن اختيار الطريقة التي تتم بها القسمة الاتفاقية . فقد يختارون أن تكون القسمة عينية ، فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع . وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل . أو تكون بغير معدل . وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب ، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي ، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقي في الشيوع فيما بقي من المال بعد التجنب .

— إلى الزراعة المحجوز عليها ما عدا المقدار الخاص بشريكته الحاجزة وبإحدى الأجزاء المتوحد على حصة شائعة في محصولات جميع الأعيان وبإلزامها بالتعويض ، قد استخلص استخلاصا سائفا أن القسمة بين الشريكين حصلت فعلا وأن الحاجزة علمت بها وأقرتها ، وبين من ناحية أخرى وجه الضرر الذي قضى بالتعويض من أجله ، فإن هذا كاف ولا يكون الحكم قد شابه القصور (نقض مدني ٢٦ أكتبر سنة ١٩٥٠ - مجلة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما ٢ ص ١١٤٩) .

وقضت محكمة النقض ، من جهة أخرى ، بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قرر عدم حصول قسمة في القطار المشفوع به ، قد أقام قضاءه على ما حصلت المحكمة تحصيلها سائفا من أن الأعمال المادية - التي أثبتها خير الدعوى - استحداث مبان بالمنزل - غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ، ووجدت في تقرير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقبتها ، فإن النص على الحكم بالقصور يكون في غير محله (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ - مجلة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٠٥) .

وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ - مجلة عمر ٤ رقم ١٧٧ ص ٥٠٣ - استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٦ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٥١ ص ٣٨٤ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٥ - ١٠ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥ - وانظر عبد المنعم للإدراوى فقرة ١٥٤ - حن كبرة فقرة ١٨٠ .

(١) إسماعيل غانم فقرة ٩١ ص ٢١٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٠ .

وقد يختارون القسمة بطريق التصفية . وبخاصة إذا كان يتعذر قسمة المال عينا . ويتفقون على بيع المال الشائع . كله أو بعضه . في المزااد . ويقسمون ثمنه . وما عسى ألا يباع من المال يبقى شائعا فيما بينهم أو يقتسمونه عينا . وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك . فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا . وإذا باعوا المال الشائع بالمزاد . فقد يتفقون على ألا يدخل المزاد إلا شريك منهم . وإذا لم يتفقوا على ذلك جاز للأجنبي أن يدخل في المزاد . وفي جميع الأحوال إذا رسا المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة . أما إذا رسا على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية .

٥٤٣ — ومورد قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء :
فإذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه أو كان فيهم غائب ، فقد أوجبت المادة ٨٣٥ مدني كما رأينا مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون . والقانون هنا هو قانون الولاية على المال . وقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو كان فيهم غائب .

فقد نصت المادة ٤٠ من هذا القانون على ما يأتي : « على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .. » . ونصت المادة ٧٩ من نفس القانون على أن « يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام » .

ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن إجراءات القسمة اعتبر أمرأ له خطره ، فخرج عن أن يكون عملا من أعمال الإدارة المعتادة . وألحق بالتصرفات (١) . ومن ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب ، بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن من المحكمة كما هو الأمر في

(١) قانون استئناف نسط ٩ مارس سنة ١٩٣٧ . ٤٩٠ ص ١٣٧ (وقد أجاز الحكم لناظر الموقف طلب القسمة باعتبار أن القسمة لا تعتبر من أعمال التصرف) .

شأن أعمال التصرف^(١). أما الولي ، فلأنه يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف لا يستأذ فيها المحكمة ، فقد أعني في القسمة من الحصول على هذا الإذن وجاز له أن يستقل بها^(٢) . وإذا رتب الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إذن المحكمة في القسمة الاتفاقية ، فعلى المحكمة أولاً أن تقدر ما إذا كانت هذه القسمة في مصلحة المحجور . ولها أن ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر أن تكون القسمة قضائية . فإذا ما قدرت أن القسمة الاتفاقية في مصلحة المحجور ، فعليها أن تعين الأسس التي تجري عليها هذه القسمة والإجراءات التي يجب اتباعها فيها . وإذا تمت القسمة الاتفاقية على مقتضى هذه الأسس وموجب هذه الإجراءات ، فعلى الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يعود مرة ثانية إلى المحكمة ليعرض عليها القسمة التي تمت ، فإذا امتثلت المحكمة من أن الأسس التي وضعها قد التزمت ، ومن أن الإجراءات التي رسمها قد روعيت ، وتثبت بوجه خاص من عدالة القسمة في ذاتها ، فإنها تأمر بإنفاذها . ولها في جميع الأحوال ، حتى في هذه المرحلة ، أن تقرر العلول عن للقسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية إذا لم تطمئن إلى القسمة الاتفاقية التي تمت^(٣) .

(١) وقد كان التقنين المدني السابق (م ١٥٢/٥٤٩) لا يكتفي بإذن المحكمة ، بل يوجب ، على غرار القانون الفرنسي ، أن تكون القسمة قضائية . وإلى هذا الحكم أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « أما إذا لم ينمق الإجماع فيما بينهم ، أو كان فيهم من هو فاقص الأهلية ، وجب اتباع إجراءات القسمة القضائية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥) . وغنى عن البيان أن المذكرة الإيضاحية قد أخطأت إذ نسبت الحكم الذي كان معمولاً به في التقنين المدني السابق إلى التقنين المدني الجديد . انظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٥٣ ص ١٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ٨٩ ص ٢٠٨ هامش ١ .

(٢) وهذا الحكم لا شك فيه إذا كان الولي هو الأب ، وقد أطلقت يد الأب في التصرف في مال ابنه فيما عدا قيودا ليست القسمة من بينها . أما إذا كان الولي هو الجد ، فقد نصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . فذبح الجد من التصرف إلا بإذن المحكمة ، فإذا ألحقنا القسمة بأعمال التصرف ، وجب على الجد الحصول على إذن المحكمة في قسمة مال الصغير . (٣) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال . وقد قضت محكمة النقض بأن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو فاقص الأهلية ، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه ، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد =

٥٤٤ — وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية : ولما كانت القسمة الاتفاقية ، كما قلنا ، عقداً تسري عليه أحكام سائر العقود ، فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد .

فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق ، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث ، فهذا العقد يكون تعاملًا في تركة مستقبلية ، ومن ثم يكون باطلاً ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان^(١) .

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية . فإذا كان أحد الشركاء قاصراً مثلاً ، ولم تراعى الإجراءات التي أسلفنا ذكرها في القسمة^(٢) ، جاز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقاً للقواعد العامة^(٣) .

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة . فإذا وقع الشركاء مثلاً في غلط جوهرى في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة ، فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير ، جاز للشريك الذى وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها ، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها ، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط^(٤) .

— القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً في حق ناقص الأهلية . وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصرون في حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبياً لا يحتاج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجوراً عليه للتنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٣٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٤٣ .

(٣) نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٩٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١ .

(٤) وكثيراً ما يبنى نقض القسمة للغبين عن إبطال القسمة للغلط في قيمة المال الشائع . ويرى هذا تشير المناقشات التى دارت في لجنة مجلس الشيوخ في شأن المادة ٨٤ مدنى المتعلقة بنقض القسمة للغبين ، فقد قيل في هذه اللجنة : « فالنص هنا واجب لأنه يحمى المتقادم الذى يقع في الخطأ (الغلط) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٩) . ولكن يوجد مع ذلك فروق ما بين نقض القسمة للغبين —

كذلك يجوز طلب إبطال هذه القسمة للتدليس^(١) أوللاً كراه . أما الغبن ، فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة ، فتنقل الآن للكلام في نقض القسمة الاتفاقية للغبن .

§ ٢ - نقض القسمة الاتفاقية للغبن

٥٤٥ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٥ مدني على ما يأتي :

١ - يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعي عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد ، إذا أكل للمدعي نقداً أو عـ ما نقص من حصته^(٢) .

- وإبطال القسمة للغلط . فالغلط أولاً لا يقتصر على الغلط في القيمة ، بل يتناول أيضاً الغلط في صفة جوهرية في الشيء أو في الشخص أو في الباعث ، فهو من هذه الناحية أوسع من الغبن . وفيما يتعلق بالغلط في القيمة ، لا يشترط فيه نصاب معين كما اشترط الخمس في الغبن ، ومدة رفع الدعوى في الغبن سنة واحدة منذ القسمة وهي ثلاث في الغلط منذ كسفه . ومهما يكن من أمره ، فإذا وقع في القسمة غلط جوهرى ، ولكن المتقاسمين الآخرين أبوا استعادتهم لتلاني نتاجه بإجراء قسمة تكميلية مثلاً أو بتعويض ، لم يكن لمن وقع في الغلط الإصرار على إبطال العقد ، عملاً بأحكام المادة ١٢٤ مدني . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٠ ص ٢١٠ هامش ٢ . وانظر في جواز إبطال القسمة للغلط نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٤٤ جموعة ع ٤ رقم ١٣٣ ص ٣٦٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رساً مزادها حل المقتسمين ، لما شاب رضاه أحد طرفي القسمة من تدليس ، بانياً ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد في أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذي كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض ، وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من هذه الأرض في ملكيته وما يخرج عنها ، وأنه أخفى هذا عن قسمة ، بل ألهمه غير ما علم كي يختص به في عقد القسمة بما يخرج معظمه عن ملك الوقف ويختص قسمة بما سيكون مآله الاستحقاق ، ففى هذا الذى أثبتته المحكمة ما يكتفى لاعتباره حيلة تفسد رضا من خدع بها (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ جموعة أحكام النقض ١ رقم ١٨ ص ٦٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن مقدار الغبن في المشروع التمهيدي كان الربع -

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق^(١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧٧ - وفي قانون الميراث والعقود اللبناني م ٩٤٧ و ٩٤٩ و ٢١٤^(٢) .

= لا الخمس . وفي لجنة المراجعة عدل مقدار الغبن إلى الخمس ، ووافقت اللجنة على النص معدلاً على هذا الوجه تحت رقم ٩١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اعترض على النص بأنه « مادامت القسمة قد تمت بالتراضي فلا يجوز الرجوع فيها بسبب الغبن ، إذ لا يجب أن نمرض المعاملات للفسخ بسببه » . فأجيب بأن « الغرض من القسمة بالتراضي هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، فإذا لم تتحقق فالبتة من تحقيقها ، فالنص هنا واجب لأنه يحسم المتقاسم الذي يقع في الخطأ » . وعندئذ اقترح رفع نسبة الغبن من الخمس إلى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ - ص ١٣٠) . وعندئذ اقترح رفع نسبة الغبن من الخمس إلى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ - ص ١٣٠) .

(١) فلم يكن هناك ما يميز نقض القسمة للغبن ، وكان يفني عن الغبن في هذه الحالة الفلظ في قيمة الشيء . ومع ذلك كان القضاء المختلط يميز نقض القسمة للغبن : استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٦٥ - ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٦ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢١ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٧ : ١ - يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا

أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن فاحش ، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة . وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته . ٢ - ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ، ونصف العشر في المروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقارات .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن مقدار الغبن في المنتول في التقنين العراقي يتفاوت باختلاف نوع المنتول ، وفي أن مدة رفع الدعوى ستة أشهر في التقنين العراقي بدلاً من سنة في التقنين المصري) .

وبلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية ، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها بالغبن إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكنال المساواة فيما بينهم^(١) . ويخالف التقنين المدني الفرنسي (م ٨٨٧ - ٨٨) التقنين المدني المصري في ذلك ، فالتقنين الفرنسي يبيح نقض القسمة للغبن ، ولو كانت قسمة قضائية .

٥٤٦ - الغبن في ذاته عيب في عقد القسمة يميز نقضها : إذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون ، فهذا في ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابلاً للنقض ، أي قابلاً للإبطال . وليس من الضروري أن يصحب الغبن تدليس أو غلط ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بيتن أو هوى جامع في الشريك المغبون . فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال ، بناء على طلب الشريك المغبون . ويترتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يميز عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن ، فيصبح

— قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٧ : لا يجوز إبطال القسمة ، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية ، إلا بسبب الغلط أو الإكراه أو الخداع أو الغش .

م ٩٤٩ : إن إبطال القسمة للأسباب التي عينها القانون يرجع كلا من المتقاسمين إلى الحال التي كان عليها من الوجهة المادية والعينية عند حصول القسمة ، مع مراعاة الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفقاً للأصول ومتقابل بدل - ويجب أن تقام دعوى الإبطال في السنة التي تلي القسمة ، ولا تقبل بعد انقضائها .

م ٢١٤ : إن الغبن لا يفسد في الأساس رضا المغبون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المغبون قاصراً . ثانياً - إذا كان المغبون راشداً وكان للغبن خاصتان ، الأولى أن يكون قاحلاً وشاذاً عن العادة المتألفة ، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة المغبون . ويمكن ، إلى الدرجة المييزة فيما تقدم ، إبطال عقود التمرز نفسها بسبب الغبن .

(ويتبين من مجموع هذه النصوص أن القانون اللبناني لا يميز نقض القسمة لغبن إلا إذا كان الشريك قاصراً ، أما إذا كان بالغاً فيشترط لنقض القسمة أن يكون الغبن قاحلاً وأن يكون قد أسفل في الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة : وترفع دعوى الغبن في قسمة في خلال سنة من تمامها) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التهديد في هذا الصدد : « أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن ، لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتمالات قد تمتدح لمنع الغبن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

العقد بعد الإجازة غير قابل للنقض^(١) . وتكون هناك إجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذى لحق به ، كأن دفع المعدل الذى التزم بدفعه أو تسلمه إذا كان هو الدائن به ، أو تسلم المال المفروز الذى وقع فى نصيبه راضياً ولو لم تنقض السنة التى يجب أن يرفع فى خلالها دعوى الغبن ، أو تصرف فى هذا المال المفروز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له والنزول عن دعوى النقض للغبن .

والغالب فى العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط فى قيمة الشيء ، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه ، وكذلك قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن . أما الخطأ فى الحساب (erreur de calcul) ، فلا يكون سبباً للإبطال للغلط ، ولا للنقض للغبن ، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذى ترتب عليه الخمس أو أقل^(٢) . وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه ، كما إذا استحق جزء من المال الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء ، فيصبح الجزء الباقى أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك . فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن ، حتى لو كان سبب الاستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان^(٣) .

ويجوز نقض القسمة للغبن ، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلاً لشريك آخر فتبين أنه معسر وقت القسمة ، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذى حدده القانون الشريك الدائن بهذا المعدل كذلك يجوز للوارث الذى وقع فى نصيبه دين للتركة ، وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة ، أن ينقض القسمة للغبن إذا ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذى حدده القانون^(٤) .

(١) ولا يعتبر الشريك المغبون يراً لعقد القسمة إذا هو نزل ، فى عقد القسمة نفسه ، عن حقه فى نقضه للغبن (بودرى وقال فى الموارد ٣ فقرة ٣٥٦٧) .

(٢) بودرى وقال فى الموارد ٣ فقرة ٣٤٤١ ص ٧٤١ .

(٣) ديمولوب ١٧ فقرة ٣٥١ وفقرة ٣٦٣ - بودرى وقال فى الموارد ٣ فقرة ٣٤٤٣ - عكس ذلك لوران ١٠ فقرة ٤٤٧ وفترة ٤٥٥ .

(٤) بودرى وقال فى الموارد ٣ فقرة ٣٤٤٤ .

ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن ، وقد رضى به وفاء لالتزام طبيعى فى ذمته لشريك آخر ، أو هبة منه لهذا الشريك^(١) .

٥٤٧ — مقدار الغبن وكيفية حسابها : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى تنص على أنه « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة » . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٥ مدنى يشترط فى الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ، وذلك أسوة بمقدار الغبن فى القسمة فى القانون الفرنسى . ولكن لجنة المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن فى بيع عقار القاصر ، ولأن الخمس هو المقدار المألوف فى الغبن فى الشريعة الإسلامية^(٢)

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن فى القسمة ، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة ، وتقدير نصيب كل من الشركاء فى هذا المال . وتقدر قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء ، ولا يعتد بالتقدير الوارد فى عقد القسمة^(٣) ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك فى هذا المال الشائع . فإذا فرضنا أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه . وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المقرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيه ، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبونا فى هذه القسمة ، أن تنزل قيمة المال المقرز الذى وقع فى نصيبه عن أربعة الأخماس حتى يكون مغبونا فى أكثر من الخمس ، أى يجب أن تكون قيمة المال الذى وقع فى نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه . أما إذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر ، فإنه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن . فإذا فرضنا أن أربعة من خمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع أنصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك

(١) بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ ص ٨٩٩ هامش ٢ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٤١٨ - لوران ١٠ فقرة ٤٩٩ - بودرى وقال فى المواريث ٣

الخامس الباقى أى أخذ ١٨٠٠ جنيه . فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس نصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأى من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض ونصيب كل للغبن ، لأن الغبن الذى أصاب كلا من الشركاء الأربعة لا يزيد على الخمس (١) .

والعبرة فى التقدير بقيجة الشيء وقت القسمة . فيعتد بوقت القسمة فى تقدير قيمة المال الشائع ، وفى تقدير قيمة نصيب كل من الشركاء . فإذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هى مبلغ معين ، فلا يعتد بأى أمر يحدث بعد القسمة ويزيد من هذه القيمة كتحسن الصقع ، أو ينقص منها كانهخفاض أسعار الأوراق المالية أو إعسار شريك فى ذمته معدل لشريك آخر إذا كان هذا الإعسار قد حدث بعد القسمة لا وقتها .

ويعتبر الشريك مغبونا إذا كان مجموع ما أصابه من الغبن يزيد على الخمس كما قدمنا ، فلا يعتد بما لحقه من الغبن فى كل عين من الأعيان التى وقعت فى نصيبه . فلو وقع فى نصيب أحد الشركاء دار قيمتها الحقيقية ١٠٠٠ جنيه لكنها قدرت بمبلغ ١٥٠٠ جنيه فكان مغبونا فى هذه الدار بمقدار ٥٠٠ جنيه ، ووقع فى نصيبه أيضاً أرض قيمتها الحقيقية ١٢٠٠ جنيه ولكنها قدرت بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فإن ما كسب فى الأرض وهو ٢٠٠ جنيه يستنزل مما خسر فى الدار وهو ٥٠٠ جنيه . ويكون ما لحقه من الغبن هو ٣٠٠ جنيه فقط ، فإن كان هذا المقدار لا يزيد على الخمس لم يستطع الشريك أن ينقض القسمة للغبن .

٥٤٨ - أنواع القسمة التى يجوز فيها النقص للغبن : قدمنا (٢) أن

نقض القسمة للغبن إنما يكون فى القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية .

وأية قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض العقد للغبن على الوجه الذى بسطناه . فيجوز نقض القسمة للغبن ، إذا كانت القسمة الاتفاقية قسمة عينية ، بمعدل أو بغير معدل ، قسمة كلية أو قسمة جزئية . وكذلك يجوز النقص للغبن ، حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية ، والذى يعتد به هنا ليس هو الغبن الذى يقع فى بيع المال الشائع إذا كان المشتري أجنبياً ، وإنما هو الغبن

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ .

في قسمة الثمن بين الشركاء . ولكن إذا كان المشتري في قسمة التصفية هو أحد الشركاء ، فإنه يعتد بالغبن الذي يقع في البيع ، لأن البيع في هذه الحالة يعتبر قسمة كما قدمنا . فإذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء بأقل من أربعة أخماس القيمة ، وقسم الثمن بين الشركاء فكان نصيب كل منهم - فيما عدا الشريك المشتري - أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية ، كان لكل من هؤلاء الشركاء طلب نقض القسمة للغبن .

وإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود وقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع ، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حدة . فلو غبن أحد الشركاء في بعض هذه العقود ، ولكنه في العقود الأخرى نال نصيباً أكثر مما يستحق بحيث إن الغبن الذي لحقه في مجموع العقود لا يزيد على الخمس ، فإنه لا يحق له طلب نقض القسمة للغبن ، أما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ، فإنه يجوز له نقض العقود جميعها ، ما زاد الغبن فيه على الخمس وما لم يزد ، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة . وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مباداة أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود ، وفي جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصحته ، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن .

ولكن إذا كان العقد الذي يراد به القسمة هو عقد احتمالي ، لم يجز نقضه ، إذ أن العقود الاحتمالية تأتي طبيعتها أن تنقض للغبن . فلو أن داراً شائعة بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكية الدار لأحد الشريكين ، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر إيراداً مرتباً طول الحياة في مقابل حصته في الدار ، أو يرتب له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع ، فإن عقد ترتيب الإيراد المرتب مدى الحياة أو عقد ترتيب حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالي ، ومن ثم لا يجوز الطعن في هذه القسمة بالنقض للغبن .

٥٤٩ - دعوى نقض القسمة للغبن : فإذا ما تحقق الغبن في القسمة

الاتفاقية على النحو الذي بسطناه ، جاز رفع دعوى نقض القسمة ، حتى لو كان المال المقسوم منقولاً ، بخلاف لبيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع غير متوافر الأهلية وأن يكون المبيع حقيقياً .

والمدعى فى هذه الدعوى هو الشريك الذى لحقه الغبن ، فإذا كان بعض
للشركاء قد لحق بهم غبن دون بعض آخر ، فلا يستطيع الشريك الذى لم يلحقه
غبن رفع الدعوى . وتنتقل دعوى الغبن من الشريك الذى لحقه الغبن إلى
وارثه ، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل
السير فيها . ويجوز كذلك لدائن الشريك الذى لحقه الغبن أن يرفع الدعوى
باسم مدينه ، طبقاً للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة .

والمدعى عليه فى دعوى الغبن هم سائر الشركاء ، لأن دعوى الغبن ترى
إلى إبطال القسمة الاتفاقية ، وهذه قد تمت بتراضى جميع الشركاء .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « يجب
أن ترفع الدعوى فى خلال السنة التالية للقسمة » . ونظير ذلك ما رأيناه فى
دعوى الغبن للاستغلال من أنها هى أيضاً يجب أن ترفع فى « خلال سنة من
تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ٢/١٢٩ مدنى) . فالسنة فى الحالتين
ميعاد إسقاط (délai de déchéance) ، لا مدة تقادم (délai de prescription) ،
وذلك بخلاف المدة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى الغبن فى بيع عقار غير
متوافر الأهلية فالنص صريح فى أن المدة هى مدة تقادم إذ تنص المادة ٤٢٦ /
١ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت
ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب
العقار المبيع » . ومن ثم تكون السنة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى
نقض القسمة للغبن هى ميعاد لرفع الدعوى ، لا مدة للتقادم . وتبدأ السنة من
وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ مدنى) .
فإذا انقضت السنة ، سواء علم الشريك المغبون بالغبن أو لم يعلم ، دون أن يرفع
هذا الشريك دعوى نقض القسمة ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير
مقبولة . والفرق بين ميعاد الإسقاط الذى نحن بصدده ومدة التقادم أن ميعاد
الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف مدة التقادم فيرد عليها الانقطاع والوقف .
وعبء إثبات الغبن الذى يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعى ، أى
الشريك المغبون ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البيئة والقرائن
لأنه إنما يثبت واقعة مادية . والغالب فى العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير

قيمة المال الشائع وقت القسمة ، ولتقدير قيمة المال المفروز الذى وقع فى نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً ، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة .

ومضى ثبت للقاضى وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس ، على النحو الذى بسطناه ، فإنه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة ، أى بإبطالها . ففى دعاوى الإبطال ، على خلاف دعاوى الفسخ ، لا يملك القاضى سلطة تقديرية ويتحتم عليه أن يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال .

٥٥٠ - الآثار التى ترتب على نفى القسمة للغبن : إذا نقضت

القسمة الاتفاقية للغبن ، بطلت واعتبرت كأن لم تكن . وعادت حالة الشروع التى كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها ، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعاً بينهم منذ بدأ الشروع وكأنه لم ينقطع . فيجوز إذن لأى شريك أن يطلب القسمة من جديد ، سواء فى ذلك الشريك المغبون الذى نفى القسمة أو أى شريك آخر لم يطلب نقضها . ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة وعندئذ يجوز نقضها هى أيضاً للغبن على الوجه الذى بيناه ، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن .

ونقض القسمة للغبن له أثر رجعى كما قدمنا ، فتسقط تصرفات الشركاء فى الأموال المفروزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقاً للقواعد المقررة فى شأن أثر إبطال العقد فى التصرفات الصادرة للغير . أما أعمال الإدارة فتبقى محفوظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

٥٥١ - قاضى نفى القسمة يـأـ كـال نصيب الشريك المغبون :

قدمنا^(١) أن المادة ٢/٨٤٥ مدنى تنص فى شأن دعوى الغبن على أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته » .

(١) انظر أيضاً فقرة ٥٤٥ .

ويلاحظ أن هناك حالتين أخريين يناظران تفادى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون . (الحالة الأولى) حالة الغبن عن طريق الاستغلال ، ففيها يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب لإبطال العقد أو لإنقاص التزاماته . وإنقاص الالتزامات هنا ليس ضرورياً أن يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون ، بل يكفي أن يرفع عنه الغبن الفاحش^(١) . وكذلك يجوز للمدعى عليه في عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن ، (م ١٢٩ / ٣ مدنى) . ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الإبطال ، بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشئ ، بل يكفي أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش^(٢) . (والحالة الثانية) حالة الغبن في بيع عقار من لاته افر فيه الأهلية ، فقد نصت المادة ٤٢٥ / ١ مدنى على أنه : إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، لقد نصت المادة ٤٢٥ / ١ مدنى على أنه : إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

ففي الحالتين المتقدمتي الذكر من حالات الغبن ، لا يعوض الطرف إلا بما يرفع عنه الغبن الفاحش ، وهو عادة ما يزيد على الخمس فيكون أن يرتفع الغبن بحيث يصبح غير زائد على الخمس ، وليس من الضروري أن يرتفع الغبن بناتا : أما في الحالة التى نحن بصدددها ، وهى حالة نقض القسمة للغبن ، فلا يكفي ذلك ، بل يجب إكمال الشريك المغبون ، نقداً أو عيناً ، ما نقص من حصته . فيجب إذن ، لتفادى دعوى نقض القسمة ، رفع الغبن بناتا عن الشريك المغبون ، وإعطاؤه ما يجعل قيمة نصيبه في القسمة يعادل تماماً حصته الشائعة دون نقص . والسبب في ذلك أن البيع وأمثاله من العقود تعتبر من عقود المضاربة ، يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه إلى حد معين . أما القسمة فليست من عقود المضاربة ، بل هى عقد يقوم في أساسه على المساواة ما بين المتقاسمين ، فإذا اختلفت هذه المساواة اختلف العقد . وإذا كان القانون قد تسامح في غبن لا يزيد على الخمس في بداية الأمر حتى لا تثار المنازعات

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٠ .

لأقل عن نصيب الشريك ، فإنه تشدد متى راد الغبن على الخمس فأوجب إكمال نصيب الشريك بما يساوى حصته تماما . ولم يكتب بابلغ نصيب الشريك إلى أربعة أخماس كما اكتفى بالاستغلال وفي بيع عقار غير كامل الأهلية . وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة ، لا بوقت الدفع . ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع . حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملا .

وإكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكون نقداً أو عينا . فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوى ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذى سبق بيانه . وقد يكون الإكمال عينا بأن يدفع إلى الشريك المغبون جزء من المال المتسوم عنه بكامل حصته . والخيار بين الدفع نقداً أو الدفع عينا يكون للمدين ، أى للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة للغبن . فإذا عرض المدين الدفع نقداً وقبله الشريك المغبون . فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع نقداً إلى الدافع عينا . والعكس صحيح ، إذا عرض المدين الدفع عينا وقبله الشريك المغبون ، لم يجوز للمدين بعد ذلك العدول إلى الدفع نقداً . ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعى فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وأمام محكمة الاستئناف لأول مرة . بل يجوز له العرض حتى بعد صدور حكم نهائى بنقض القسمة للغبن ، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة ، فيمنع المدعى عليه تمام إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعى مضافا إلى ذلك المصروفات التى تكبدها هذا الأخير بسبب البدء فى إجراء القسمة الجديدة . ويظهر ذلك من عبارة النص ، إذ تقول المادة ٢/٨٤٥ مدنى فى شأن دعوى الغبن ، كما رأينا (١) ، أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد .. » . فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذى يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعى ، فيجوز له هذا العرض إلى ما قبل إتمام هذه القسمة (٢) .

(١) انظر آتيا فقرة ٥٤٥

(٢) انظر فى هذا معنى ديمونوم ١٧ فقرة ٤٥٩ بودرى وفور فى اموريت ٣ فقرة

وإذا تعدد المدعى عليه . وهذا ما يقع كثيراً في العمل . فلا بد من أن يتفق هؤلاء جميعاً على مبدأ إكمال حصة المدعى نقداً أو عيناً . فإذا اتفقوا على ذلك ، واختلفوا في مقدار ما يرد إلى المدعى ، تولت المحكمة الفصل في ذلك . أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال نفسه ، فإن من لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به . وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله ، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشيء^(١) ، ويجوز للدائن المدعى عليهم التدخل في دعوى نقض القسمة للغبن ، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم^(٢) .

المطلب الثاني

القسمة القضائية

٥٥٢ - متى يجب أنه يكون القسمة قضائية : يجب أن تكون القسمة قضائية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم تجمع آراء الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، وأراد أحدهم الخروج من الشروع ، فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية ، فيرفع دعوى القسمة (م ٨٣٦ / ١ مدني) على التفصيل الذي سنورده فيما يلي .
(الحالة الثانية) إذا انعقد لإجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب . فقد رأينا أنه يستخلص من المادتين ١ / ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية في فرضين : (الفرض الأول) أن يستأذن الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب المحكمة في إجراء قسمة اتفاقية ، فلا تأذن المحكمة ، وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية . (الفرض الثاني) أن تأذن المحكمة مبدئياً في إجراء قسمة اتفاقية ، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للثبوت من عدالته لا تقره ، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية^(٣) .

(١) ديمولوب ١٧ فقرة ٤٦٩ و فقرة ٤٧١ - هيك ٥ فقرة ٤٧١ - بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٦ .

(٢) ديمولوب ١٧ فقرة ٤٦١ - بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٤٣ - وإذا سير في إجراءات القسمة القضائية لما تم بحول دون -

٥٥٣ - قسمة المهايأة التي تسمى القسمة النهائية - إمامة : ويحدث أن يفتق الشركاء . في أثناء إجراءات القسمة القضائية . على قسمة المال الشائع بينهم قسمة مهايأة تظل نافذة إلى أن تتم القسمة القضائية . بل يجوز ، إذا لم يفتق الشركاء على قسمة المهايأة هذه ، أن يطالب أحد الشركاء ، في أثناء إجراءات القسمة القضائية ، من القاضي الجزئي المختص بإجراء هذه القسمة أن يأمر بقسمة المهايأة إلى أن تتم القسمة القضائية . فيأمر بها القاضي ، وقد يستعين بخبير عند الاقتضاء ، ويغلب أن يكون هذا الخبير هو نفس الخبير الذي يقوم بإجراءات القسمة القضائية . وقد نصت على كل ذلك المادة ٨٤٩ مدني فيما قلعهناه^(١) ، وسبق لنا بحث هذه المسألة تفصيلا فنحيل هنا إلى ما قلعهناه هناك^(٢) .

٥٥٤ - دعوى القسمة : والقسمة القضائية تكون في صورة دعوى تسمى بدعوى القسمة^(٣) . ونبحث في صدد هذه الدعوى مسألتين : (١) الخصوم والمحكمة المختصة . (٢) قسمة التصفية والقسمة العينية .

§ ١ - الخصوم والمحكمة المختصة

٥٥٥ - الخصوم في دعوى القسمة - نص قانوني : تنص المادة ١/٨٣٦ مدني على ما يأتي :

« إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية »^(٤) .

قسمة الاتفاقية ، ثم زال المانع كأن اتفق الشركاء بعد أن كانوا مختلفين أو زال المانع من الشريك المجهور ، جاز لشركاء أن يبدلوا عن القسمة القضائية إلى القسمة الاتفاقية (أوبى ورو ٦٠ فقرة ٦٢٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥) .

(١) انظر آفنا ٤٩١ .

(٢) انظر آفنا فقرة ٤٩٤ .

(٣) ودعوى القسمة لا تسقط بالتقادم . وقد نصت المادة ٨٤٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « لا يسرى حكمه » ور الزمن على دعوى طلب القسمة .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٢٠٤ من المشروع التمهيدي على أنه « لا ي » . أما إذا اختلف الشركاء ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء -

ويتبين من هذا النص أنه يجوز لأى شريك ، إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعوى القسمة ، فيكون هو المدعى . ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء ، فيدخلون جميعا خصوما في دعوى القسمة (١)

= بالحضور أمام المحكمة الجزئية التى تقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، وإن كان المراد قسمته منقولا فأمام المحكمة الجزئية التى يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم . وفى لجنة المراجعة حذف الشق الأخير من النص ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٩٠٧ فى المشروع النهائى - ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٠٥ ، فجلس للشيوخ تحت رقم ١/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ - ص ١٠٨) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق م ٥٤٩/٤٥٢ : أما إذا كانوا مختلفين في الرأى ، أو كان أحدهم ليس فيه أهلية التصرف في حقوقه ، فعلى من أراد منهم القسمة أن يكلف بالمسور باقى شركائه أمام محكمة المواد الجزئية التابع إليها مركز الشركة أو موقع العقار أو أمام المحكمة التابع لها محل أحد الشركاء إذا كان المراد قسمته منقولا ، وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقييم وتعيين المحصص .

(والتقنين المدنى السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدنى السورى م ١/٧٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٥ : إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى القسمة وفقا لنصوص قانن المرافعات المدنية . (والنص في مجموعه يوافق نص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١٠٧٢ : إذا لم يتفق الشركاء على القسمة ، أو كان بينهم محجور ، فللشريك الذى يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصالح لإزالته . (ونص التقنين العراقى يوافق نص التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا كان بين الشركاء محجور) .
قانون الماهجات والمقود البناني م ٩٤٢ : إذا قام نزاع ، أو كان أحد الشركاء لا يملك حرية التصرف في حقوقه ، أو كان بينهم شخص غائب ، جاز للشريك الذى يرغب في الخروج من الشيوع أن يطلب من المحكمة إجراء القسمة وفقا للقانون .

(والتقنين البناني يتفق مع التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين البناني يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء محجور أو غائب) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التضاء الصادر في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوقه . إذن فغير سديد القول بأن دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات ولا تأثير لصفات المحصوم فيها (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣) . وقضت أيضا بأن الشريك في ملك شائع الذى يتصرف في حصته الشائعة =

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى^(١)، وجاز لرؤساء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها.

وإذا صدر الحكم في دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما في الدعوى، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل. ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوما أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها، لأن الشريك الذي لم يدخل خصما هو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم في حقه^(٢).

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، حل المشتري محل الشريك وأصبح شريكا في الشيوع مع سائر الشركاء، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء. ويترتب على ذلك أن المشتري، وقد أصبح شريكا في الشيوع، هو الذي له أن يرفع دعوى القسمة، وهو الذي يختصم فيها، دون الشريك البائع^(٣). أما إذا اشترى الأجنبي جزءا مفرزا من المال الشائع، فإن هذا للشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء كما سبق القول^(٤)، ومن ثم لا يعتبر المشتري للجزء المفرز شريكا في الشيوع، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصاصه فيها^(٥).

= بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مثلا للمشتري منه، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانضمت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٩٣).

(١) استئناف نسط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥١.
(٢) نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧.
(٣) وإذا كان الماء الشائع عقارا، فحتى يصبح المشتري لخصه شائعة فيه شريكا يجب عليه أن يسجل عقده حتى تنتقل إليه الملكية، ولا يكفي أن يرفع دعوى بصحة التعاقد ولو سجل صحيفتها (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٤٩ ص ٣٢٤).
ولكن يجوز له، باعتباره دائنا للشريك البائع، أن يعارض في أن تم القسمة بدون تدخله طبقا للمادة ٨٤٢ مدني (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٧ هامش ١).

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٣١.

(٥) انظر آنفا فقرة ٥٣١ في الهامش. وانظر محمد كامل م سي ٢ فقرة ١٠٨ - إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ - حسن كبيرة فقرة ١٤٢ ص ٤٧٩ - عكس ذلك نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ -

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ ، جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة ، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصاصه فيها . ويجب في جميع الأحوال اختصاص الشريك الذي يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف ، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء . ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع دعوى القسمة ، لأنه لا يملك أن يقوم إلا بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال (١) .

٥٥٦ - المحكمة المختصة : رأينا (٢) أن المادة ١/٨٣٦ منقحاً تجمل الاختصاص في دعوى القسمة للمحكمة الجزئية . فالمحكمة الجزئية إذن هي المختصة بدعوى القسمة ، أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التي يراد اقتسامها ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضى الجزئى . والمحكمة الجزئية هي المحكمة التى تقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، فإن كان المراد قسمته منقولاً فالمحكمة الجزئية المختصة هي المحكمة التى يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم (٣) .

وإنما جعلت المحكمة الجزئية مختصة ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها ، لأن اختصاصها هذا لا يتناول إلا إجراءات القسمة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته ، وللتعجيل بالإجراءات حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم .

فالذى تختص به المحكمة الجزئية إذن هو النظر في إفراز نصيب شريك في المال الشائع ، بأن تعين خبيراً عند الاقتضاء لتكوين الحصص ، وإجراء

= مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١-٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩-٣٠
 يه نيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١-٢٨ يه نيه سنة ١٩٥٦ مجموعة
 أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ - محمد على عرفة فقہ ٣٢٣ . ولكن المشتري لجزء مفروز ،
 بوصفه دائناً للشريك البائع ، أن يدارض في أن تم القسمة بغير تدخله ، وإذا سجل عقد البيع
 قبل رفع دعوى القسمة وجب على الشركاء إدخاله فيها (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ -
 ص ٢١٩) .

(١) بودرى وثال في الموارث ٢ فقرة ٢١٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٣) انظر المشروع التمهيدى للمادة ٨٣٦ آنفاً فقرة ٥٥٥ ص ٩١١ هامش ٤ .

القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل . وتقدير هذا المعدل إن وجد ، وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الاقتراع ، وإعطاء كل شريك نصيبه المقرر ، وبإجراء القسمة بطريق التصفية إن تعذرت القسمة العينية ، وبيع المال الشائع في المزداد العلني وقسمة الثمن بين الشركاء ^(١) .

أما ما عدا ذلك من المنازعات التي لا تتعلق بإجراءات القسمة ، كتعيين حصة كل شريك في المال الشائع وأصل ملكيته هذه الحصة ، والمنازعات المتعلقة بتصرف الشريك في حصته وحلول المتصرف له مكانه في دعوى القسمة ، وغير ذلك من المنازعات التي تثور حول القسمة ولا تدخل في إجراءاتها ، فإن المحكمة المختصة بنظرها هي ، وفقا للتواعد العامة ، المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب قيمة النزاع .

فإذا رفعت دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة ، نظرت هذه المحكمة ما إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع ، وعند ذلك تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية . أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع ، فإن المحكمة الجزئية تأمر بإجراء هذه القسمة .

§ ٢ - قسمة التصفية والقسمة العينية .

٥٥٧ - قسمة النصفية - نص قانوني : نص المادة ٨٤١ مدني على .

ما يأتي :

« إذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، يبيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع » ^(٢) .

(١) نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ ..

قنا الكلية ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق .

لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يكتب بأن يكون النقص في قيمة المال الشائع ، عند القسمة العينية ، نقصا « محسوسا » . وفي لجنة المراجعة أبدلت بعبارة « نقص محسوس » عبارة « نقص كبير » ، وأصبح النص رقمه ٩١٢ في المشروع النهائي . ووافق « - »

وسرى (١) أن المحكمة ، عندما ترفع إليها دعوى القسمة ، تندب ، إن رأت وحها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان

ـ عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، رأى أحد الأعضاء : إطلاق المزايدة يدخلها الشركاء . وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ، و يمنع بذلك اتفاقهم على باطل إصراراً بنيرهم من الشركاء أو الدائنين . ورد مندوب الحكومة بأن وجه النظر إلى أن قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع من شأنه « بقاء المال في العائلة » ، أما الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية » ، وأضاف « أنه مادام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشأنهم ، ولو كان في اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم ، مادام لا يمس المصلحة العامة » . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٨٤١ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال للتحضيرية ٦ ص ١١٦ - ص ١١٧) .

و يقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٥٨/٥٥٤ : إذا لم تمكن القسمة عينا ، تباع الأموال بالأوجه المبينة بقانون المرافعات . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد في أمرين : (١) لم يذكر التقنين السابق إلا عدم إمكان القسمة عينا ، أما التقنين الجديد فقد أضاف إمكان القسمة عينا ولكن مع ضرر كبير . (٢) أجاز التقنين الجديد قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع) . و يقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٥ (سبق ذكرها آنفاً فقرة ٥٥٥ في الهامش - وقد نظم تقنين المرافعات

الليبي قسمة المال الشائع عن طريق بيعه بالمزاد) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٣ : ١ - إذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة ، أصدرت

حكماً ببيعه ٢٠ - وفي هذه الحالة تقدر المحكمة ، بناء على مراجعة المدعى أو أحد الشركاء ، بدل المثل بمعرفة أهل الخبرة . فإذا قبل المدعى ببيع حصته بالبدل المقدّر ، عرست المحكمة الشراء على سائر الشركاء ، ولإبداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغهم بذلك . فإذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشراء بالبدل المقدّر ، بيعت الحصة إلى الراغبين بالتساوي فيما بينهم . أما إذا رغب أحد الشركاء في شرائها ببدل أعلى ، فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايده ٣ - وإذا لم يقبل المدعى البيع بالبدل المقدّر ، أو لم يرغب أحد الشركاء في الشراء ، وبقي المدعى مصرّاً على طلبه ، بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانوناً ، وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه .

(والتقنين العراقي يأتي بأحكام تختلف عن أحكام التقنين المصري كما نرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٢م / ٦٠٣ (معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ :

انظر حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة للكتابة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٧) .

(١) انظر مايل فقرة ٥٥٨ .

المال يقبل التسمية عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته (م ٢/٨٣٦ مدني) .
 فإذا تبين أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا كأن كان فرما أو خانما أو
 سيارة ، أو تمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير^(١) في قيمته كأن كان
 دارا إذا قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصا كبيرا في قيمة
 الدار ، أو كان أرض بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغر لا يصلح
 لبناء يستفاد منه استفادة معقولة^(٢) ، فإن المحكمة تقضي بأن تكون القسمة
 بطريق التصفية (licitation) .

والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايعة العلنية ،
 وقسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء ، كل بنسبة حصته في المال الشائع .
 وتصدر المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة حكما بإجراء البيع
 بالمزايدة ، متى تحققت أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا دون أن يباحق به
 نقص كبير في قيمته ، وذلك أيا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو تجاوزت
 القيمة نصاب القاضى الجزئى ، فإن الحكم بإجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر
 لإجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة الجزئية كما سبق القول (٣) .

وبياع المال الشائع بالمزايدة ، وفقا للإجراءات التى قررها تقنين المرافعات .
 وتتلخص هذه الإجراءات ، بالنسبة إلى العقار ،^(٤) فى أن البيع يجزى بناء على
 قائمة بشروط البيع يودعها من يعنيه التعجيل من الشركاء قلم كتاب المحكمة
 الجزئية . وتشمل قائمة شروط البيع حكم المحكمة الصادر بالبيع ، وتعيين العقار
 الشائع (الموقع والحدود والمساحة ورقم القطعة واسم الحوض ورقمه وغير ذلك

(١) ويجب أن يكون النقص كبيرا ، ولا يكتفى أن يكون محسوسا (انظر آتفا نفس
 الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢) .

(٢) استئناف نسط ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٧ - ٢ مبر سنة ١٩٤٤ م ٥٦
 ص ١٣٩ - أو كان المال الشائع مصنعا لا يمكن تجزئته (استئناف نسط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٧
 م ٣٩ ص ٢٨٨) .

(٣) انظر آتفا فقرة ٥٥٦ .

(٤) أما إذا كان المال الشائع منقولا ، فتتبع في بيعه لعدم إمكان قسمته الإجراءات المقررة
 لبيع المنقول ويجوز عليه فيما لا يتعارض منها مع النرض المقصود من البيع (محمد على عرفة
 فقرة ٢٩ - إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥) .

من البيانات التي تفيد في تعيينه) ، وشروط البيع والتمن الأساسى الذى تقدره المحكمة الجزئية ، ونجزة العقار إلى صفقات إذا اقتضت الحال مع ذكر التمن الأساسى لكل صفقة ، وبيان سندات الملكية ، وبيان جميع الشركاء وموطن كل منهم . ويرفق بقائمة شروط البيع ، إلى جانب شهادة ببيان الضريبة وسندات الملكية وشهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على إبداء القائمة ، صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع . ويخبر بقلم الكتاب بإبداء قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهين رهنا حيازيا أو رسميا ، وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز ، وجميع الشركاء . ولكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة . ويبيع العقار الشائع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين^(١) ، وللأحكام الخاصة بزيادة العشر^(٢) وإعادة البيع على مسئولية المشتري المتخلف ، وللأحكام الخاصة بحكم مرسى المزاد^(٣) . والأصل . أن يسمح للشركاء ولغير الشركاء فى الدخول فى المزايدة ، فإن رسا المزاد على شريك اعتبر البيع قسمة ، وإن رسا على أجنبي ، اعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء وبيعا فى علاقة الشركاء بالراسى عليه المزاد . وقد يتفق الشركاء جميعا على قصر المزايدة عليهم دون السماح لأجنبي فى الدخول فيها ، وذلك حفظا للمال فى الأسرة . ويكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما للشركاء .

(١) ومن هذه الإجراءات ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٤ مرافعات ، ويستخلص منها أنه إذا لم يتقدم مشتر أجل البيع مع تنقيص عشر التمن الأساسى مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ - إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ هامش ١) . وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا حدد القاضى بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع ، وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم فى أية دعوى ، ولا يكتفى ما ينشر أو يلقى من إعلانات ، وإلا كان حكم مرسى المزاد غير نافذ فى مواجهة من لم يعلن من الشركاء (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٨٨٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه فى حالة بيع العقار بالحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء ، يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر ، سواء أكان من أرباب الديون المسجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن (نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٤٧٦) .

(٣) انظر فى كل ذلك المواد ٧١٢ - ٧٢١ و ٧٢٣ مرافعات .

لأنهم هم الذين يقدرّون مصالحهم في ذلك . أما مصلحة الدائنين فكفولة بما لهم من حق الاعتراض والتدخل^(١) ، ولا أساس بالمصلحة العامة في شيء من ذلك^(٢) . وإذا كان بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب ، وجب على نائبه الحصول على إذن محكمة المختصة بالولاية على المال في قبوله قصر المزايدة على الشركاء ، لأن هذا العمل يجاوز أعمال الإدارة المعتادة^(٣) . ومضى تم الاتفاق على قصر المزايدة على الشركاء على النحو الذي قدمناه ، أجريت المزايدة بين الشركاء وحدهم دون غيرهم . ويعتبر رسم المزايدة هنا قسمة لا بيعاً ، لأن المزايدة لا بد أن يرسل على أحد الشركاء^(٤) .

٥٥٨ - القسم العينة - مراحلها الأربع : فإذا أمكنت قسمة المال للشائع عينا دون نقص كبير يلحقه ، أمرت المحكمة الجزئية بإجراء القسمة العينة . وهذه القسمة تمر بمراحل أربع :

(المرحلة الأولى) قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب (م ٨٣٦/٢ و ٨٣٧ ملني) .

(المرحلة الثانية) الفصل في المنازعات (م ٨٣٨ ملني) .

(المرحلة الثالثة) الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المقرز (م ٨٣٩ ملني) .

(المرحلة الرابعة) تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو كان فيهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ ملني) .

(١) وصري (انظر ما يلي فقرة ٥٦٥) أن للدائنين المعارضة في أن يقتصر المزايدة على الشركاء دون أن يدخل أجنبي فيه ، خشية من توافر الشركاء على إرساء المزايدة على أحد منهم بشن بحس ، وسعي وراء الوصول إلى أعلى ثمن يمكن عن طريق دخول الأجانب في المزايدة .

(٢) انظر المناقشة التي دارت وهذا الشأن في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً نفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢ .

(٣) إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ - ويرتّب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء آثار القسمة ، سواء قصرت المزايدة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبي ، فيجب تصديق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على هذا الحكم إذا كان يوجد بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب (م ٨٤٠ ملني وم ٢/٤٠ من قانون الولاية على المال - إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٦ - عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ ص ٤٣٧) .

٥٥٩ - المرمز الأولى - قسم المال الشائع إلى حصص أو

التجيب - نصوص قانونية : تنص المادة ٢/٨٣٦ مدني على ما يأتي :
« وتندب المحكمة ، إن رأت وجها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته » .

وتنص المادة ٨٣٧ مدني على ما يأتي :

١ - يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته » .

٢ - وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٨٣٦ : ورد هذا النص في المادة ٢/١٢٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٠٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه لمس النواب تحت رقم ٢/٩٠٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ - ص ١٠٨) .

م ٨٣٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٨ - ص ١٠٩) .

وتقابل المادة ٢/٨٣٦ في التقنين المدني السابق م ٥٤٩/٤٥٢ العبارة الأخيرة ... وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص . (والنص موافق) . ولا مقابل في التقنين المدني السابق لنص المادة ٨٣٧ ، ولكن العمل كان جارياً على هذا الحكم .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٧٩٠ و ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : يحيل إلى تقنين الم افئات المدنية .

التقنين المدني العراقي م ٢/١٠٧٢ و ٤٣٠ : ٢ - فإذا تبين للمحكمة أن الشائع قابل للقسمة ،

قررت إجرامها . ويعتبر الشائع قابلاً للقسمة إذا أمكنت قسمة من غير أن تفوت على أحد الشركاء

ويستخلص من هذه النصوص أن المحكمة الجزئية المرفوع إليها دعوى القسمة تبدأ بتعيين خبير أو أكثر ، إن رأت وجها لذلك . وتكون مهمة الخبير هو أن يبدى رأيا فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته ، أو أنها غير ممكنة . فإن كانت غير ممكنة ، فقد بسطنا فيما تقدم^(١) أن المحكمة تجري قسمة التصفية .

أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يباحق المال الشائع في قيمته ، فإن الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا على أساس أصغر نصيب ، إذا كان ذلك ممكنا . وتسنوى في ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية ، فإن كانت القسمة جزئية قسم الخبير إلى حصص الجزء من المال الشائع الذي تراد قسمته ، أو جنب نصيب كل شريك في هذا الجزء كما سيأتى ، وترك الباقي من المال على شيوخه دون تقسيم أو تجنيب . وقد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشروع دون الآخرين ، فيفرز الخبير للأولين نصيبهم ويقسمه إلى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه .

فإذا أمكنت قسمة المال إلى حصص متساوية ، كون الخبير هذه الحصص على أساس أصغر نصيب كما قدمنا . وتوضح المذكرة الإيضاحية هذه العملية في شيء من الإسهاب فتقول : « فإذا أمكن قسمة المال عينا دون أن يلحقه نقص (كبير) ، وعين خبير لتكوين الحصص ، كونها على أساس أصغر نصيب ، حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون

المنفعة المقصودة قبل القسمة . ٣- فإن كان المشاع عقارا ، تسمح الأرض وتمرر الحصص على أساس أصغر نصيب ، على أن يراعى فيها الموقع والجودة وجميع الميزات الأخرى ويراعى كذلك بقدر الإمكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق . وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم ، فإن لم يتفقوا عليها الحاكم بمعية خبير . وإذا تعذر أن يختص كل أحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من النقود . وتوزع الحصص بالقيمة ، وبماها تم القسمة فتصدر المحكمة حكما بتأييدها . ٤- وإذا كان المشاع منقولا ، يفرز إلى حصص متعادلة بالقياس المعتاد استعماله في قياس نوعه ، وتوزع على الشركاء . (وكل هذه التفصيلات لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الواجبات والنقود البناني م ٣/١٩٤٢ - ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ . معدنة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كبيرة في الحق في العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن ما كرات على الآلة الكتابية سنة ١٩٦٥ ص ٢١٦) .

التخلص من الشيوع دون الآخرين... أما إذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب (مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثالث والسادس فيقسم المال أوداسا ، أو تكون أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر فيقسم المال إلى اثني عشر جزءاً ، وهكذا) ، فإن قام نزاع في تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية... (١)

أما إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص (٢) على الوجه الذي قدمناه ، فإن الخبير يعدد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً في المال الشائع ، وذلك بقدر حصته في هذا المال ، وهذا ما يسمى بالتجنب (٣) . ويصح أيضاً أن يلجأ الخبير إلى التجنب ، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، إذا اتفق الشركاء جميعاً على التجنب (٤) ، فتجري القسمة بطريق التجنب إذن في حالتين : إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب ، وإذا لم تتعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعاً على أن تكون القسمة بطريق التجنب (٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ - ص ١٢٠ . وانظر پلانيول وريبير وبديلاويجيه ٣ فقرة ٢٠٧٦ .

(٢) وتعتبر قسمة المال إلى حصص متعذرة إذا تان من شأن تقسيم المال إلى حصص صغيرة الإنقاس من قوته ، أو اقتضى ذلك إجراءات مقلدة ، أو كانت الحصص متباعدة بحيث يحتمل أن توقع اللفة في نصيب أحد الشركاء حصصاً متناثرة (انظر في هذا المنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ - ص ١٩٢) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « فإذا لم يتيسر للخبير تفكيك الحصص على أساس أصغر نصيب ، جاز له أن يقدم بطريق التجنب ، وذلك بأن يبين لكل شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يتعادل مع حصته ، وإذا اقتضى الأمر مدلاً بكل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠) .

(٤) ومتى وافق شريك على التجنب ، لم يجوز له الرجوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة أول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنب ، فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثاني درجة في هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق اللفة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

(٥) فالقسمة بطريق التجنب لا يشترط فيها إذن اتفاق جميع الشركاء ، بل يكفي أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص بناء على تقرير الخبير حتى يكتفى بالتجنب ملزماً لجميع الشركاء ولو لم يوافقوا عليه (انظر في هذا المنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ هامش ١ سعيد المنعم فرج السدة فقرة ١٤٨ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ -

وسواء قسم الخبير المال إلى حصص أو جنب نصيب كل شريك مفرزا ،
 فقد يقتضى الأمر أن يلجأ الخبير إلى تحديد معدل (soulte) يكمل بعض الحصص
 الناقصة في حالة التقسيم إلى حصص ، أو يكمل نصيب الشريك المفرز في حالة
 التجنيب . وبيان ذلك أن الخبير قد لا يتمكن ، في تقسيم المال إلى حصص ،
 أن يجعل هذه الحصص متساوية تماما . فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر
 الإمكان ، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى ،
 قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل
 الحصتان . ولذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل (soulte) ، كالمعدل في
 المقايضة . فمن يقع من الشركاء في نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة كما
 سيأتى ، يصبح لدينا بهذا المعدل لمن يقع في نصيبه الحصة الصغرى ، وبذلك
 يتساوى صاحب الحصة الصغرى مع صاحب الحصة الكبرى . وإذا لم يمكن
 تقسيم المال إلى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور ، ولجأ الخبير إلى

— هامش ١ — وانظر عكس ذلك محمد كامل م سى ٢ فقرة ١١٣ — مد على عرفة فة ٣٢٦) .
 أما في القانون الفرنسي ، فيجب اتفاق جميع الشركاء على القسمة بطريق التجنيب ، ولو كانت
 قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب متعذرة ، ويبيع المال في هذه الحالة لعدم إمكان
 قسمته . وهذا الحكم ياتخذ الفقه الفرنسى (پلانيه و ريبير ومورى وثيالتون ٤ فقرة ٥١١ —
 بيدان ولييان ٥ مكرر فقرة ٦٢٢) . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق يحى على حكم القانون
 الفرنسى من أن القسمة بطريق التجنيب يجب فيها اتفاق جميع الشركاء . وقد قضت محكمة النقض بأن
 نصوص القانون المدنى القديم كانت تنضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة
 إلا إذا وافق الشركاء على إجرائها بطريق التجنيب . فإن تعذر الأمران — إجراء القسمة على أصح
 نصيب تمهيدا للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب — وجب بيع العقار لعدم إمكان قسمته .
 ولكن هذه النصوص ، وإن اتفقت مع نصوص الفقه الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدنى الحالى
 فى أن القرعة هى الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنيب إذا اتفق على ذلك الشركاء ،
 إلا أن النصوص تختلف في حالة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيدا لإجراء القرعة ، فالقانون
 القديم ما كان يبيح التجنيب بغير رضا الشركاء بينما يبيح القانون الحالى ذلك (نقض مدنى ٣١ مايو
 سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

ومع أن التقنين المدنى السابق كان بشرط فى القسمة بالتجنيب اتفاق جميع الشركاء على ما رأينا ،
 إلا أن محكمة الاستئناف المختلطة كانت تقضى بأن التجنيب ممكن ولو عارض أحد الشركاء فيه معارضة
 تنطوى على التعسف فى استعمال الحق (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨٦ —
 ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — ٥ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ — أول مارس
 سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٦ — ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧) .

التجنيب ، فقد يضطر هنا أيضاً ، عند تحديد أنصبة الشركاء مفرزة ، إلى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق ، وتحديد نصيب شريك آخر بأكثر مما يستحق . فعند ذلك يقدر مبلغاً من النقود يتعادل به النصيبان ، ويصبح صاحب النصيب الأكبر مديناً بهذا المعدل لصاحب النصيب الأصغر (١) .

٥٦٠ - المزمع الثانية - الفصل في المنازعات - نص قانوني :

تنص المادة ٨٣٨ مدني على ما يأتي :

« ٢ - فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة ، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً في تلك المنازعات » (٢) .

ويتبين من هذا النص أن المنازعات التي تقع بين الشركاء ويجب الفصل

(١) والمبرة في تحديد قيمة المال وقت إجراء القسمة ، لا بوقت رفع دعوى القسمة ولا بوقت بدء الشروع . وفي فرنسا تحدد المحكمة تاريخاً معيناً ، يسمى بتاريخ الانتفاع المقدم (jouissance) (divise) ، يكون هو التاريخ الذي تقدر فيه قيمة المال ، ويكون في الوقت ذاته هو التاريخ الذي يستولى فيه كل شريك على ثمار نصيبه المفرز (بلايول وريبير وبه لانيه ٣ فقرة ٣٠٣١ وفقرة ٣٠٦٩ - أنسيكله بيدي دالاز - لفظ Succession فقرة ١٥١١ - فقرة ١٥١٢) (٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٩ في المشروع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٠ - ص ١١١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٥٤/٥٥١ : إذا أمكنت قسمة الأموال عينا ، وحصل نزاع في تعيين الحصص ، تحكم محكمة المداد الجزئية في ذلك وفي المنازعات الأخرى التي تكون من خصائصها . وإذا حصلت منازعات لم تكن من خصائص المحكمة المذكورة ، وجب عليها أن تحيل الخصام على المحكمة الابتدائية ، وتعين الجلسة التي يلزم حضورهم فيها أمامها ، وتؤخر الفصل في القسمة إلى أن يحكم قطعياً في تلك المنازعات . (والنص موافق لأحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون المورجات والحقوق اللبناني لا مقابل .

فيها قبل المضي في دعوى القسمة على نوعين : (النوع الأول) المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص . (والنوع الثاني) المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص .

أما المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، كأن يدعى أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية ، أو يدعى أن المعدل الذي قدره الخبير أقل مما يجب أو أكثر مما يجب ، أو أنه يمكن تقسيم المال إلى حصص بطريقة أفضل ، أو نحو ذلك من المنازعات التي ترجع إلى تكوين الحصص ، فهذه تنزل الفصل فيها المحكمة الجزئية ، ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة . ذلك أن تكوين الحصص يعتبر داخلاً في أعمال القسمة ، والمحكمة الجزئية تختص بجميع أعمال القسمة أياً كانت قيمة المال المراد قسمته . ويلحق بالمنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء ، فقد يدعى أحد الشركاء أن النصيب المفرز الذي جنبه له الخبير أقل مما يستحق ، أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة . فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء هي أيضاً من اختصاص المحكمة الجزئية ، تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضي الجزئي . وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب أنصبة الشركاء ، فإن المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها ، وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز للنزاع من الشركاء أن يستأنف حكم القاضي الجزئي أمام المحكمة الابتدائية . ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية في جميع هذه المنازعات .

بقيت المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص . ومن أمثلة هذه المنازعات أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء ، كأن يدعى أحد الشركاء أن شريكاً آخر داخلاً في دعوى القسمة لا يملك شيئاً في المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة . ومن أمثلة هذه المنازعات أيضاً تعيين حصة الشريك في المال الشائع ، كأن ينازع أحد الشركاء شريكاً آخر في مقدار حصته ، فيدعى مثلاً أنها الربع بدلاً من الثلث . وقد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك في حصته ، فيدعى أحد الشركاء

مثلا أن شريكا آخر قد تصرف في حصته لأجنبي فلا يحق له الدخول في القسمة . كل هذه المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص ، بعضها يكون بحسب قواعد الاختصاص من اختصاص المحكمة الجزئية التي تنظر دعوى القسمة ، وبعضها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية لأن قيمتها تجاوز نصاب القاضى الجزئى . فإذا أثار شريك أمام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات وكانت هذه المنازعة من اختصاص القاضى الجزئى ، فصلت المحكمة الجزئية فيها^(١) ، وإذا كان الحكم قابلا للاستئناف استأنفه ذو الشأن من الشركاء أمام المحكمة الابتدائية . وإذا كانت المنازعة التي أثارها الشريك هي من اختصاص المحكمة الابتدائية ، كان على المحكمة الجزئية أن توقف دعوى القسمة ، وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية^(٢) ، مع تحديد الجلسة التي يحضرون فيها أمام المحكمة ، مستعينة في ذلك بالبيانات التي تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة الابتدائية^(٣) . وتبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية إلى أن تفصل

(١) استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٨٠ ص ٢٠٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع الذى أثير في الدعوى أمام محكمة القسمة يدور حول طبيعة الشيوع في السلم المشترك ، وما إذا كان هذا الشيوع عاديا أو إجباريا ، وحول تحديد نفاذ الصلح المقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ، ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية نوعيا إذ كانت قيمة السلم المتنازع عليه - كما قررها الخبير المتدب في دعوى القسمة وباتفاق الطرفين - تجاوز نصاب تلك المحكمة ، مما كان يترتب منه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ مدنى . وإذا هي لم تفعل ، فإنها تكون قد جاوزت اختصاصها وخالفت القانون (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦ ص ١٠٤) .

(٣) ويشترط في ذلك أن تتحقق محكمة القسمة من أن المنازعة جدية (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ - ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٥ ص ٦٢٢) . وتقدير جدية المنازعة في الملك الثابت في دعوى القسمة هو : ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي لا رقابة فيها لمحكمة النقض ، مادامت تقيم قضاها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكاتب الفنية في خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣ - ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

والتمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع في هذه الملكية ، ولا صفة لنيره من الخصوم في التحدى به (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

المحكمة الابتدائية ، ومن بعدها محكمة الاستئناف حتى يكون الفصل نهائيا ، في المنازعات التي أحالتها المحكمة الجزئية . أو إلى أن تفصل المحكمة الابتدائية نهائيا في الاستئناف الذي رفع إليها من الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في المنازعات التي تختص هذه المحكمة بالفصل فيها على ما قدمنا^(١) .

٥٦١ - المزمرة الثالثة - الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المقرر -

نص قانوني : تنص المادة ٨٣٩ مدني على ما يأتي :

١ - متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدرت المحكمة الجزئية حكما بإعطاء كل شريك النصيب المقرر الذي آل إليه .

٢ - فإن كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب ، تجري القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها . وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المقرر^(٢) .

ويتبين من هذا النص أنه عندما يفصل نهائيا في المنازعات التي أثرت فيما بين الشركاء ، سواء ما كان من هذه المنازعات من اختصاص المحكمة

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٢ - ص ١١٣) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق م ٤٥٥/٥٥٣ : تحصل القسمة بطريق القرعة أماه القاضى المعين للمواد الجزئية ، ويحرر بها محضر . (والنص موافق لأحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكنه لم يذكر القسمة بطريق التجنيب ، فكان القضاء يجري على أن هذه القسمة لا تكون إلا باتفاق الشركاء جميعا : انظر آنفا فقرة ٥٥٩ ص ٩٢٢ هامش ٥) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٧٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى يحيل إل تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (وتنص المادة ١٠٧٤ من هذا التقنين على أنه إذا كان المشاع

أعيانا منفوعة متعددة وكانت متحدة الجنس ، يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع) .

قانون الموجبات والمقود اللبنانى لا مقابل .

الجزئية أو ما كان منها من اختصاص المحكمة الابتدائية ، ننقل بعد ذلك إلى المرحلة الثالثة من مراحل القسمة . فيعود الشركاء إلى المحكمة الجزئية ، بناء على طلب من يريد التعجيل منهم ، ويحركون دعوى القسمة بعد أن كانت المحكمة الجزئية قد وقفها حتى يفصل نهائيا في المنازعات .

وفي هذه المرحلة يكون قد بت نهائيا في المنازعات ما بين الشركاء ، وأصبح حق كل شريك في المال المراد قسمته مبتوتا فيه خاليا من النزاع ، ويجب هنا التمييز بين فرضين : إما أن يكون نصيب كل شريك قد عين بطريق التجنيب ، أو أن يكون المال المراد قسمته قد قسم إلى حصص .

ففي الفرض الأول ، وقد تعين نصيب كل شريك مفرزا في المال الشائع بطريق التجنيب ، لا يبقى أمام المحكمة الجزئية إلا أن تصدر حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه . وقد يلتزم أحد الشركاء بدفع معدل إلى شريك آخر أو أكثر على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم^(١) .

وفي الفرض الثاني ، والمال المراد قسمته قد قسم إلى حصص ، يجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه . ولما كانت الحصص بالذات التي تقع في نصيب كل شريك غير معروفة ، فقد لجأ القانون إلى طريق الاقتراع لتعين هذه الحصص ، حتى يطمئن الشركاء إلى أن فرصهم متساوية . ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء ، فإذا كانت الحصص مثلا سبعا ، وكان الشركاء ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة وللثاني حصتان وللثالث أربع حصص ، وضعت في القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى السبعة ، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك . وسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثاني ورقتين ، والشريك الثالث أربع ورقات ، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه . وقد لا يحصل الشريك ذو الحصص المتعددة إلا على حصص متباعدة بعضها عن بعض . ولكن هذا هو شأن القرعة . ولا مفر من هذه النتيجة . إلا إذا اتفق الشركاء فيما بينهم بعد إجراء القرعة على تقريب حصص كل واحد منهم . وقد تقع في نصيب أحد الشركاء حصة أو أكثر تكون مدينة بمعدل الحصة أخرى

أو حصص وقعت في نصيب شريك آخر ، على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (١) .
وتثبت المحكمة الجزئية كل ذلك في محضرها ، ثم تصدر حكماً بإعطاء كل
شريك نصيبه المفرز ، أي الحصة أو الحصص المقررة التي أوقعها الفرعة
في نصيبه (٢) .

ونرى من ذلك أن دعوى القسمة ، في مرحلتها الثالثة ، تنتهي دائماً إلى حكم
بالقسمة يعين النصيب المفرز الذي آل إلى كل شريك . وحكم القسمة هذا
يختم دعوى القسمة . إذا لم يكن بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه
الأهلية وليس له ولي شرعي . أما إذا وجد بين الشركاء أحد من هؤلاء ،
فلا بد من المضي بالقسمة إلى مرحلتها الرابعة والأخيرة ، وهي مرحلة التصديق
على حكم القسمة .

٥٦٢ - المرحلة الرابعة - التصديق على حكم القسمة في حالات

خاصة - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٠ مدني على ما يأتي :
« إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ،
وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً
لما يقرره القانون » (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٩ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في « دوعة الأعمال التحضيرية » ص ١٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٨ من المشروع التمهيد على الوجه

الآتي : « إذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم شخص لم تتوافر فيه الأهلية ، ولم يكن له
ولي شرعي ، وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً » . ووافقت
عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١١ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « ولم يكن له ولي
شرعي » لتعميم حكم النص . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتي :
« إذا كان بين الشركاء مفقود أو غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق
المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون » ، وقالت اللجنة في
تقريرها إنها عدلت النص تعديلاً يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحدية الذي وافق عليه لمس
النواب . ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٠٩ . وفي لجنة لمس الشيوخ
حذفت كلمتا « مفقود أو » اللتان أضافهما مجلس النواب ، لأن قانون المحاكم الحدية يسود بين
لغائب والمفقود في الحكم ، وأصبح رقم النص ٨٤٠ . ووافق عليه لمس الشيوخ هذا التعديل
(« دوعة الأعمال التحضيرية » ص ١١٣ - ص ١١٥) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الابتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى . أما فى التقنين الحالى (السابق) فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال إلى حصص ، وقد روى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه^(١) . ويتبين من ذلك فى وضوح أن المادة ٨٤٠ من التقنين الملىن الجديد قد قصدت مخالفة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين الملىن السابق ، إذ أن هذا النص الأخير يقضى بتصديق المحكمة على قسمة الأموال إلى حصص ، أما نص التقنين الملىن الجديد فيقضى بتصديق المحكمة على حكم القسمة نفسه بعد أن يجتاز جميع مراحلته ويصبح فى المرحلة النهائية . أى بعد أن يجتاز مرحلة تكوين الحصص ومرحلة الفصل فى المنازعات ومرحلة إجراء القرعة أو التجنيب ، ويصبح حكم القسمة فى المرحلة النهائية كما سبق القول ، أى حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المقرز الذى آل إليه . وقد كانت اللجنة التشريعية لمجلس النواب ، عند نظر مشروع نص المادة ٨٤٠ سالفة الذكر ، قد عدلته إلى ما استقر عليه ، وقالت فى تقريرها إنها عدلته تعديلاً يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب^(٢) .

ولما صدر قانون الولاية على المال فى سنة ١٩٥٢ ، أى بعد العمل بالتقنين الملىن الجديد ، وكان المفروض أن يساير هذا القانون التقنين الملىن وتنسق

— ويقابل النص فى التقنين الملىن السابق م ٥٥٢/٤٥٦ : إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو غير أهل للتصرف ، أو غائباً ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلى حصص . ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملىن السورى م ٧٩٤ : إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب على قاضى الصالح أن يطالب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثلها فى دعوى القسمة ، وذلك طبقاً لما يقرره القانون .

التقنين الملىن الليبى يحيل على تقنين المدافعات .

التقنين الملىن العراقى لا مقابل .

قانون المدفوعات . العقود المبنية لا مقابل

(١) موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠

(٢) موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ - وانظر أيضاً نفس المذكرة فى ص ٩٢٩

الأحكام في كل منهما ، وقع عدم اتساق يستوقف النظر . ذلك أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال . في الفترات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة منها ، نصت على ما يأتي : « وفي حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص . ولهذا المحكمة ، عند الاقتضاء ، أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك . وإذا رفضت التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص » . ولا شك في أن هذا النص صريح في أن الذي تصدق عليه المحكمة . ليس هو الحكم بالقسمة وهو في مرحلته النهائية كما نصت على ذلك صراحة المادة ٨٤٠ ملغى ، بل هو قسمة الأموال إلى حصص أي القسمة في مراحلها الأولى . ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسابقة المادة ٨٤٠ من التقنين المدني الجديد ، إلى مسابقة المادة ٥٥٦/٤٥٦ من التقنين المدني السابق . والغريب بعد ذلك أن تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال : « وتضيف المادة ذاتها (م ٤٠ من قانون الولاية على المال) .. أنه في حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص ، وأن لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لهذا الغرض عند الاقتضاء . وإذا رفضت المحكمة التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . وبديهي أن الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية في تكوين الحصص يقوم مقام التصديق المتقدم ذكره . وقد فصلت الأحكام المتقدم ذكرها إعمالاً للإحالة المشار إليها في المادة ٨٤٠ من القانون المدني ، وهي التي تنقض بأنه إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائياً ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون » . فهذا التعارض بين ما تنص عليه المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال وما تنص عليه المادة ٨٤٠ من التقنين المدني ، وهذا القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إنما تعميل الإحالة المشار إليها في المادة ٨٤٠ من التقنين المدني ،

مما يدعو إلى الحيرة . وكان الواجب أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، إذا أرادت حقا لإعمال الإحالة على المادة ٨٤٠ من التقنين المدني . أن تقضى بأن الذى تصدق عليه المحكمة هو حكم القسمة لا قسمة الأموال إلى حصص . والآن بعد أن وقع عدم الاتساق هذا . وإلى أن تعدل المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تعديلا يجعلها تتسق مع المادة ٨٤٠ مدنى : لا نأص من القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال نسخت ماتقدمها من نصوص تتعارض معها ومنها المادة ٨٤٠ مدنى (١) .

وعلى ذلك يجب القول إنه فى حالة تقسيم المال إلى حصص : إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له أب (٢) . يتعين أن تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة . لا على الحكم بالقسمة فى مرحلته النهائية ، بل على قسمة المال إلى حصص . وللمحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع أقوالهم . ولها أن ترفض ما أقرته المحكمة الجزئية (محكمة لقسمة) من قسمة المال إلى حصص ، وأن تعين أسما أخرى تراها أصلح لقسمة المال إلى حصص . وإذا قامت منازعة فى شأن تكوين الحصص . وفصلت فيها المحكمة الجزئية . واستأنفت حكمها أمام المحكمة الابتدائية (٣) (أى نفس المحكمة التى تصدق على قسمة المال إلى حصص) ، فمن البديهي أن حكم المحكمة الابتدائية الصادر فى هذا الامتشاف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى حصص ، إذ تكون المحكمة بوصفها محكمة استئنافية قد نظرت نفس المسألة التى كانت تنظرها بوصفها محكمة التصديق (٤) .

(١) إذ نص المادة ٢ من قانون إصدار قانون الولاية على المال على أن « يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحديثة الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ » . وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون » .

(٢) أما إذا كان وليه الشرعى هو الجد ، فقد قدمنا أن الحد لا يملك وحده قسمة مال محجور . بل لابد من استئذان محكمة الولاية على المال (انظر آنفا فقرة ٤٤٣ فى إمامش) . ومن ثم يدخل القاصر . إذا كان وليه الشرعى هو الحد لا الأب . فى حكم القاصر الذى ليس له ولي بل له وصى . ومن ثم يجب التصديق على قسمة ماله

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٦٠ .

(٤) انظر فى ذلك محمد بن عرفة فقرة ٣٢٨ - حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ - وقارن إسماعيل عالم فقرة ٩٠ ص ٢٢٣ هامش ١ .

هذا إذا جرت القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص . أما إذا جرت عن طريق التجنيب حيث لا يقسم المال إلى حصص . فلا مجال لتطبيق المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إذ أن هذه المادة مقصورة على قسمة المال إلى حصص . فهل يمكن تطبيق المادة ٨٤٠ مدني ، والقول بأن المحكمة الابتدائية تصدق . في حالة القسمة عن طريق التجنيب ، على حكم القسمة نفسه ؟ الظاهر أن المادة ٨٤٠ مدني . عندما أوجبت تصديق المحكمة . أحوالت على قانون خاص ينظم هذا التصديق إذ تقول : « وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فإذا توخينا الدقة . وجب الرجوع في ذلك إلى قانون الولاية على المال وهو القانون الذي ينظم تصديق المحكمة . ولما كانت المادة ٤٠ من هذا القانون تتكلم عن التصديق على قسمة المال إلى حصص . جاز القول بأن ما يقابل قسمة المال إلى حصص في القسمة بالاقتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء في قسمة التجنيب . فيجب التصديق على تجنيب أنصبة الشركاء قياما على التصديق على قسمة المال إلى حصص . ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ، ولا يفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر في قسمة المال إلى حصص . فإنه يصح القول . من الناحية العملية دائما ، إنه في حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء (١) .

المطلب الثالث

تدخل الدائنين في القسمة حماية لصالحهم

٥٦٣ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا . أو أن يبيع المال بالمراد . بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء . ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات . وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » .

(١) انظر . حـ . كبيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ .

« ٢ - أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الدين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش »^(١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٥٧/٤٦٠ - ٥٥٩ م^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٧٩٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧١

/ ٣ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١/٩٤٢ و ٩٤٣ - ٩٤٥ م^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان خاليا في آخر الفقرة الأولى من عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدين حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩١٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت إلى آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدين حقوقهم في الإجازات » ، وذلك « حفظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع في غيبتهم » ، وأصبح رقم المادة ٩١١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ مثل عن المدا بالـدائنين ، فأجيب بأنهم الدائنون المقيدين حقوقهم قبل القسمة ، فأضيفت عبارة « قبل رفع دعوى القسمة » بعد حذف عبارة « في الإجراءات » في آخر الفقرة الأولى . « وقد أريد بذلك - كما ورد في تقرير اللجنة - قصر التزام الشركاء في إدخال الدائنين المقيدين على من قيدت حقوقهم قبل رفع الدعوى - بحيث تتمكن معرفتهم عند ذلك ، ولتفادى تعرض إجراءات القسمة للبطلان إذا لم يدخل الشركاء دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد إلا خلال الإجراءات أو عندما تنصرف على النهاية . ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين من هذا النص . لأن لهم الحق دائما في التدخل في الإجراءات من تلفاء أنفسهم » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل ، وأصبح رقمه ٨٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموع الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٨ - ص ١٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٥٧/٤٦٠ - ٥٥٩ : يجوز لأحد باب الديون الشخصية التي

على أحد الشركاء أن يعارضوا في إجازة القسمة عينا وفي بيع المال بغير دخله في ذلك . ويكون إجراء المعارضة المذكورة بين أيدي الشركاء الآخرين ، ويترتب على حصولها ملزمة هؤلاء الشركاء بأن يطلبوا حضور الدائنين المعارضين في كافة الإجراءات المتعلقة بالقسمة أو بالبيع ، وإلا كان العمل لاغيا .

(ويتفق حكم التقنين السابق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان لا يلزم

إدخال الدائنين المقيدين قبل القسمة إلا إذا عارضوا) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٦ : ١ - لدائني كل شريك أن يعارضوا في القسمة عينا أو في بيع -

ونقول بادئ ذي بدء إن النص سالف الذكر يوحي بأن تدخل الدائنين في القسمة حماية لمصالحهم إنما هو مقصور على القسمة القضائية ، دون القسمة الاتفاقية . صحيح أن المشروع التمهيدى للنص لا يفرق بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية فيجوز أن ينطبق على هذين النوعين من القسمة ، إذ أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى . وهى التى تصرح بدعوى القسمة ، لم تكن موجودة . ومع ذلك يفهم من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا النص

— المال بالمزاد العلنى بغير تدخلهم . وتكون المعارضة في حالة القسمة القضائية تدخل الدائنين في المحكة أو أمام دائرة التنفيذ ، وفي حالة القسمة الرضائية بإذار رسمى يبلغ إل جميع اشركاء . ويترتب على اشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المسجلة حقوقهم في السجل العقارى قبل رفع دعوى القسمة . ٢ — أما إذا تمت القسمة ، فليس لدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا إلا في حالة الفشل .

(وأحكام النص السور تتفق في مجموعها مع أحكام النص المصرى ، ويصرح النص السور بأنه يشمل القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية)

التقنين المدنى المسمى م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى المسمى م ٣/١٠٧١ : لدائنى كل شريك أن يطعنوا بالقسمة ، إذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم . (ولم يورد التقنين العراقى نص التقنين المصرى ، وإنما أورد حكماً مجرد تطبيق لقواعد العامة) .

قانون الموجبات والمقود اللبناني م ٩٤٣ : يحق لدائنى الشركة أولدائنى أحد الشركاء المتقاسمين المصاب بإعسار أن يعارضوا في إجراء القسمة أو بيع المال المشترك بالمزاد في غيابهم . ويمكنهم للتدخل على نفقتهم . ويحق لهم أيضاً طلب إبطال القسمة إذا كانت قد أجريت بالغش من اعتراضهم . م ٩٤٤ : لشركاء المتقاسمين أو لأحدهم أن يرفعوا دعوى إبطال القسمة بإيفاء الدائنين أو بإيداع المبلغ الذى يدينه .

م ٩٤٥ : إن الدائنين الذين أرسلت إليهم الدعوة حسب الأصول ، ولم يحضروا إلا بعد الفراغ من القسمة ، لا يحق لهم أن يطالبوا بإبطالها . على أنه إذا لم يترك مبلغ كاف لإيفاء ديونهم ، حق لهم أن يستوفوا حقوقهم من الملك المشترك إذا كان قد بقي منه جزء لم يتجه عليه القسمة ، وإلا جاز لهم مدعاة الشركاء المتقاسمين على القدر المعين بمقتضى نوع الشركة ، سواء أكانت شركة عقد أم شركة ملك — وانظر أيضاً م ١/٩٤٢ معدلة وتوجب إدخال أصحاب الحقوق العينية المقيدة حقوقهم في السجل العقارى قبل رفع الدعوى .

(وأحكام القانون اللبناني متفقة في مجموعها مع أحكام القانون المصرى . و القانون اللبناني يزيد بمادة ١٠ بإبطال القسمة . (م ٩٤٤) جعلها غير نافذة في حق الدائنين — انظر حن كيرة في الحق في العينية الأصلية في القانون المدنى اللبناني المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٤ — ص ٢١٥) .

قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية . إذ ورد في هذه المذكرة ما يأتي : « أما إذا تمت التمسك دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقداً . فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في الحالة الأولى . أو بطريق الدعوى البوالصية في الحالة الثانية » (١) . ولكن ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص . وقد أضيفت في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، إلى آخر الفقرة الأولى ، العبارة الآتية : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجراءات » . والعبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القسمة القضائية . ففي النص غير متمحض للقسمة القضائية . ولكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت - بطريقة عارضة - العبارة المضافة فأصبحت : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . وكاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمة القضائية (٢) . ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين ، بل لعل القسمة الاتفاقية وهي خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج إلى هذا التدخل . لذلك يحسن التوسع في تفسير النص بما يجعله شاملاً للقسمة القضائية وللقسمة الاتفاقية . ويدعى من الدائنين المقيدون : في القسمة الاتفاقية . الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة ، قياساً على دعوة الدائنين المقيدون قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة انقضائية (٣) . وليس في مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع : ما دامت حكمة تدخل الدائنين في القسمة القضائية متوافرة تماماً . بل هي أكثر توافراً في القسمة الاتفاقية كما قدمنا . هذا إلى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدني الفرنسي . وهو النص الذي استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدني المصري . لا خلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية (٤) .

(١) محمد عه الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة ص ٩٣٤ هامش ١ .

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ هامش ١ .

(٤) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ - ص ٢٣٣ - وانظر عكس

ذلك محمد علي عرفة فقرة ٣٣٠ ص ٤٩٠ - محمد كامل موسى ٢ فقرة ١٢٣ - عبد المصم البدر اوى -

ونبحث في صدد النص سالف الذكر ، متوسماً في تفسيره على الوجه الذى قدمناه ، مسألتين : (١) موقف الدائنين قبل إتمام القسمة . (٢) موقف الدائنين بعد إتمام القسمة .

§ ١ - موقف الدائنين قبل إتمام القسمة

٥٦٤ - مصالح الدائنين المراد بمحابرتها : قصد بنص المادة ٨٤٢ ملئى حماية مصالح دائنى الشركاء عند قسمة المال الشائع ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وسواء كانت القسمة كلية أو جزئية . قسمة عيضة أو قسمة تصفية .

والدائنون هنا هم دائنو كل شريك . ويستوى أن يكون دائن الشريك دائناً شخصياً أو دائناً ذا حق مقيد : كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعاً على المال الشائع المراد قسمته أو واقعاً على غيره من أموال الشريك (١) . فالدائن ، على هذا النحو ، يعنيه أن تتم القسمة دون إضرار بمصالحه . فيعنيه مثلاً ألا يتعمد الشركاء ، حين يقسمون المال ، أن يوقعوا في نصيب مدينه أعياناً منقولة أو نقوداً يسهل على المدين تهريبها من تنفيذ الدائن عليها . ويعنيه كذلك ألا يقع في نصيب مدينه أموال قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته ، فيقل بذلك ضمان الدائن . ويعنيه أيضاً : إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع أو كان المال الشائع ذاته لا يقبل القسمة فيتعين بيعه وهذه هي قسمة التصفية ، ألا يقصر البيع على الشركاء فلا يدخل فيه أجنبي ، فإن دخول أجنبي في البيع أدعى لارتفاع الثمن الذى يرسو به المزاد ، فيذفع الدائر بذلك . ويعنيه بوجه خاص ألا يتعمد الشركاء لإيقاع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون للدائن في نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن ، فيجد

فقرة ١٥٨ ص ١٩٠ - حسن كيرة فقرة ١٣٩ ص ٤٧١ هامش ١ - عبد المنعم فوج الصلة فقرة ١٤٤ ص ١٩٦ .

(١) ويجوز أن يكون حق الدائن مقترناً بأجل أو مطلقاً على شرط . ولا يعتبر دائناً من يدعى استحقاق المال الشائع ، وليست له مصلحة في التدخل في القسمة إذ هي غير نافذة في حقه إذا أثبت استحقاقه (بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة ٢٢٦٢) .

للدائن بذلك حق الرهن الذي له قد تخول من المال الذي قصد ارتهانه إلى مال آخر لم يكن له في حساب . هذه جملة من المصالح الدائن الشريك . هي وأمثالها تدفعه إلى التدخل في القسمة حتى يراقب إجراءاتها . فيمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته . أو تقصير مدينه في دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو أيضاً تبعاً لذلك .

٥٦٥ — للدائن من المعارضة ومن التدخل : إذا عرف الدائن أن

لمدينه حصة في مال شائع . وأراد أن يصطنع الحيلة في أمره . فعليه أن يرسل لمدينه ولسائر شركاء هذا المدين في الشيوع معارضة في أن تم قسمة هذا المال الشائع . سواء عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية . بغير تدخله . ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لهذه المعارضة ، والأفضل أن تكون إنذاراً على يد محضر . ولكن يصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن تكون شفوية ولكن الدائن يحمل عبء الإثبات^(١) . والمهم أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء في المال الشائع . ويدخل فيهم الشريك المدين^(٢) . وميعاد توجيه المعارضة على هذا النحو لم يحدده القانون ، فيصح أن يكون بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة في مال شائع ، ويبقى حق الدائن في المعارضة إلى أن تم قسمة هذا المال^(٣) . والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية ، فيكفي

(١) وتعتبر معارضة كافية أن يحصل من مدينه أو من أى شريك آخر على وعد بالألا تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد إلى جميع الشركاء (بودرى وقال في المواثيق ٣ فقرة ٣٢١٤ ص ٥٥٦) . ولا يكفي ، في اعتبار المعارضة ، مجرد علم الشركاء بدائن شريكهم (السين ٢١ مارس سنة ١٨٨٢ جازيت ص ١١٢٠) . (١٨٢ - ٢٠ - ١٣) . ولكن إذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم ، في عقد المدينية ، بأن يدعوه للتدخل في قسمة المال الشائع ، قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء (الجزاير ٢٣ يناير سنة ١٨٩٣ - يريه ٩٣ - ٢ - ٢٨٤) .

(٢) وإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون بعض . لم يكن لها أثر بالنسبة إلى الشركاء الذين وجهت إليهم المعارضة ، لأن القسمة لا تنجزاً (هيك د فقرة ٣٠٠ - بودرى وقال في المواثيق ٣ فقرة ٣٢١٦) .

(٣) ولا تعتبر القسمة قد تمت إذا صدر حكم بتعيين خبير ، أو بيع المال الشائع ، أو بتكوين الحصص إذا لم يجر الاقتراع ، أو بصدر حكم للقسمة إذا لم تكن المحكمة الابتدائية قد صدقت عليه في الحالات التي يجب فيها ذلك (بودرى وقال في المواثيق ٣ فقرة ٣٢٢٠) .

أن تتوافر في الدائن أهلية القيام بهذه الأعمال (١) .

ومنى وصلت المعارضة إلى جميع الشركاء . تعين عليهم ، إذا هم عملوا إلى اقتسام المال الشائع . أن يدخلوا الدائن المعارض في جميع إجراءات القسمة ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية . وسواء كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية . كما سبق القول .

وهناك طائفة من الدائنين . هم الدائنون المقيدة حقوقهم : يجب على الشركاء إدخالهم في إجراءات القسمة دون حاجة إلى أن يوجه هؤلاء الدائنون معارضة إلى الشركاء . فالدائن المرتهن رهنا رسمياً أو رهنا حيزياً للمال الشائع . والدائن الذي له حق اختصاص أو حق امتياز على المال الشائع . إذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة التفضائية . أو قبل إبرام عقد القسمة في حالة القسمة الاتفاقية . يكونون بهذا التيد معروفين من الشركاء . فليسوا إذن في حاجة إلى أن يوجهوا إلى الشركاء معارضة . ويتعين على الشركاء ، دون معارضة ، أن يدخلوا هؤلاء الدائنين في إجراءات القسمة . قضائية كانت أو اتفاقية . ويستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءاً مفزراً من المال الشائع . وسجل عقد البيع . فهذا أيضاً يصبح دائناً بالضمان . ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة متى كان قد سجل عقده . وليس في حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء .

وسواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه الذي بسطناه أو لم تصدر . وسواء كان للدائن حق مقيد أو لم يكن . فإنه بمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع يجوز للدائن . إذا علم بذلك . أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء في إجراءات هذه القسمة . فإذا كانت القسمة اتفاقية : جاز للدائن أن يتقدم إلى الشركاء متدخلًا في القسمة . طالبا مثلاً أن يراقب أعمال الخبير الذي قد يكون الشركاء عينوه لإجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يبرموا عقد القسمة . أو أن يتثبت فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمراد من أنه حصل لإعلان كافٍ عن البيع

(١) برودى وقال في المواريث ٣ فقرة ٢٢٢٥ .

ومن أن إجراءات البيع سليمة . وما إلى ذلك . أما إذا كانت القسمة قضائية ، فإن سبيل الدائن إلى التدخل في إجراءاتها من تلقاء نفسه هو السبيل المقرر في تقنين المرافعات . وقد نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم ، أو طالباً بالحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . فلا توجد إجراءات خاصة لتدخل الدائن في دعوى القسمة ، بل هي الإجراءات المقررة بوجه عام في تقنين المرافعات . ومن ثم يكون تدخل الدائن في دعوى القسمة بصحيفة تعلن للشركاء قبل يوم الجلسة ، أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) . وإذا تدخل الدائن في دعوى القسمة ، فله أن يراقب جميع الإجراءات ليحترز من أن يتواطأ الشركاء على الإضرار بمصلحته ، أو أن يلحق الشريك المدين الغبن بنفسه عمداً أو تقصيراً ، وله أن يعترض في حالة تقرير المحكمة بيع المال الشائع على أن يكون البيع مقصوراً على الشركاء وحدهم خشية من تواطؤهم على إرساء المزاد على أحدهم بثمن بخس ، وأن يطلب فتح باب المزايدة لأجانب من الشركاء حتى يصلوا بالثمن إلى أعلى مقدار ممكن (١) .

٥٦٦ - الأمر الذي يترتب على معارضة الدائن أو على نزع :

يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله على النحو الذي بسطناه أن يصبح الدائن طرفاً في جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو منذ تدخله ، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجهته . ومن ثم لا تجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع في المزاد ، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص ، ولا الفصل في المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة ، ولا إجراء القرعة ، ولا تجنب أنصبه الشركاء المقرزة ، ولا التصديق على حكم القسمة . في غير مواجهة الدائن (٢) . ولكن لا يجوز للدائن طلب بيع المال في المزاد بدلاً من قسمته عينا ، إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر كبير يلحق قيمة المال الشائع . كذلك

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣٣١ من ٤٤١ .

(٢) استئناف تلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ١١١ - ١٨ فبراير سنة ١٩١٥

لا يجوز للدائن أن يطلب أن تكون القسمة قسمة نقدية ، إذا كان جميع الشركاء راضين بجعلها قسمة اتفاقية . ولا يجوز للدائن أن يمنع مدينه من التصرف في حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها ، فإن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يحبس حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها . مع احتفاظ الدائن بحقه في الدعوى البولصية .

ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله .

§ ٢ - موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

٥٦٧ - فروض ثلاثة : بعد إتمام القسمة يمكن تصور فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن يكون الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة ، سواء عقب معارضة وجهها إلى الشركاء المتقاسمين فأدخله هؤلاء الشركاء في هذه الإجراءات . أو لأنه تدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء .
(الفرض الثاني) أن يكون الدائن لم يدع للتدخل في إجراءات القسمة . بالرغم من المعارضة التي وجهها إلى الشركاء جميعا . أو بالرغم من أن له حقا مقيدا .

(الفرض الثالث) أن يكون الدائن لم يتدخل في إجراءات القسمة لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل .

٥٦٨ - الفرض الأول - تدخل الدائن فعلا في إجراءات القسمة :

مادام الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة . بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه ، فقد أعطى الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة . ولما منع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته . فإذا تمت القسمة ، فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها . ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البولصية . فقد حل تدخله في القسمة محل هذه الدعوى^(١) .

٥٦٩ - الفرض الثاني - عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة

بالرغم من معارضته أو بالرغم من أنه له حقا مقيدا : أما إذا وجه الدائن معارضته إلى جميع الشركاء أو كان له حق مقيد . وبالرغم من ذلك لم

(١) ديمواومب ١٧ فقرة ٢٢٨ - بودري وفال في الموارث ٣ فقرة ٢٢٢٦ .

يدع إلى التدخل في إجراءات القسمة ، ولم يتدخل هر من تلقاء نفسه : فإن الشركاء يكونون قد خالفوا القانون في عدم دعوة الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة في أن تتم القسمة دون تدخله ، أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام عقد القسمة

وجزاء ذلك هو ما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ ملى . فيما رأينا ، من أن تكون « القسمة غير نافذة في حقهم » أى في حق الدائنين الذين عارضوا أو الذين لهم حقوق متقدمة . فالقسمة إذن تكون غير نافذة في حق هؤلاء الدائنين . وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء : بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين . فجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا . أو بعد أن قيدوا حقوقهم . كاف لجعل القسمة غير نافذة في حقهم ، مادامرا لم يتدخلوا فعلا في القسمة . ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت عليه بالضرر . وبكفى لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلا أن القسمة لم تضع في نصيب الشريك المدين إلا أموالا منقولة أو نقودا بسهل تهريبها ، أو جعلت هذا الشريك دائنا في القسمة بمعدل اشريك معسر ، أو جعلت نصيب هذا الشريك أقل من قيمة حصته الحقيقية ، أو لم توقع في نصيب هذا الشريك المال الذى ارتهنه الدائن بل أوقعت هذا المال في نصيب شريك آخر . أما إذا بيع المال الشائع في المزاد واقتسم ثمنه . فلايس هناك ضرر لحق الدائن إذا لم يثبت أن المال الشائع قد بيع بثمن أقل كثيرا من قيمته الحقيقية .

ومتى أثبت الدائن الضرر الذى لحقه من القسمة ، وأصبحت القسمة غير نافذة في حقه ، عاد المال إلى الشروع بالنسبة إلى هذا الدائن . ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة في حق الدائن . ويجوز أن يطلب القسمة أى شريك حتى الشريك المدين ، كما يجوز أن يطالبها الدائن باسم هذا المدين .

ويجوز للدائن أن يقتصر ، بدلا من إعادة طلب القسمة . على مطالبة الشركاء جميعا متضامين بتعويض الضرر الذى لحقه من القسمة ، على أساس الخطأ الذى ارتكبه الشركاء في عدم دعوة هذا الدائن إلى التدخل . كما

يجوز للشركاء أن يفروا الدائن حقه . فلا تصح له مصلحة في الطعن في القسمة . ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المدين .

وإذا كان للشريك المدين وجه للطعن في القسمة . كأن يطعن فيها بالغبن أو بالغلط أو بالإكراه أو بالتدليس أو بغير ذلك من وجوه الطعن ، جاز للدائن أن يستعمل حق مدينه فيطعن في القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة^(١).

٥٧٠ - الفرض الثالث - عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه

يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل : بقى الفرض الأخير ، وهو أن يكون الدائن لم يتدخل في القسمة ، إما لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل بالرغم من دعوته إلى ذلك . وهذا الفرض هو الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ ملى ، فيما رأينا ، إذ تقول : « أما إذا تمت القسمة : فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش » .

وفى هذا الفرض يكون الدائن إما غير مقصر إذا هو لم يعلم بالقسمة فلم يعارض ، أو يكون مقصراً إذا هو دعى إلى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل . وفى جميع هذه الأحوال ، مقصراً كان الدائن أو غير مقصر . إذا تمت القسمة دون أن يتدخل في إجراءاتها ، فإن الشركاء لا ذنب لهم فى ذلك . فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيداً . وانلك لا ذنب للشركاء إذا لم يدعوه التدخل . أو دعاه الشركاء إلى التدخل لأنه عارض أو كان حقه مقيداً . فلا ذنب لهم أيضاً إذا كان هو لم يتدخل . ومن أجل ذلك تكون القسمة نافذة فى حق الدائن . إلا إذا طعن هذا فيها بالدعوى الواضبة ، فأثبت غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء معه : وفقاً للقواعد المقررة فى هذه الدعوى^(٢).

وإذا كانت القسمة قضائية . وصدر حكم بالقسمة . جاز للدائن أن يطعن فى هذا الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها .

(١) . درى وقال فى المواريث ٣ فترة ٣٢٤٤ وفترة ٣٢٥٦ .

(٢) استئناف مغلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٣٠٠ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢

وتنص المادة ٤٥٠ / ١ مرافعات في هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها . أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجسيم » . والمطلوب من الدائن في الفرض الذي نحن بصدده أن يثبت تواطؤ الشريك المدين مع سائر الشركاء كما سبق القول ، أما في اعتراض الخارج عن الخصومة فيكتفى من المدين أن يثبت غش المدين الشريك أو إهماله الجسيم .

ويختلف القانون الفرنسي عن القانون المصري في هذه المسألة . في القانون الفرنسي لا يجوز في الفرض الذي نحن بصدده أن يطعن الدائن في القسمة حتى بالدعوى البولصية ، سواء كان الدائن مقصراً أو غير مقصر . مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا . وقد أملى على القانون الفرنسي هذا الحكم حرصه على استقرار القسمة بعد تمامها ، فلا تعود عرضة للطعن فيها دون أن يكون هناك مبرر لذلك من تقصير الشركاء . وقد أعطى القانون الفرنسي الدائن الفرصة في منع الغش في صورة وقائية ، بأن جعل له الحق في التدخل في القسمة قبل تمامها ، وذلك بدلا من إعطائه الحق في الطعن فيها بعد تمامها بالدعوى البولصية . فإدام الدائن لم يتدخل ، ولو كان ذلك عن غير تقصير منه مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا ، فليس له بعد ذلك أن يطعن في القسمة ولو بالدعوى البولصية . ولكن يجوز ، حتى في القانون الفرنسي ، الطعن في القسمة بالصورية ، وكذلك الطعن فيها بالغش ، إذا سجل الشركاء بالقسمة تعجلا غير مألوف ، وتعملوا إخفاء ذلك عن الدائن إضرارا بمصالحه . وفي جميع الأحوال التي يحق فيها للدائن الطعن في القسمة ، يجوز له . بدلا من الطعن فيها ، أن يرجع بالتعويض على الشركاء متضامين لما ارتكبه من خطأ^(١).

(١) انظر في القانون الفرنسي في هذه المسألة بودري وقال في الوارث ٣ فقرة ٣٢٤٧ -

فقرة ٣٢٥٤ .

وانظر في قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف إسماعيل غانم فقرة ١٠٥ - فقرة ١٠٨ .

وانظر في قسمة الوقف محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٠ .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على القسمة

٥٧١ - يبار هذه الآثار : أهم أثر يترتب على القسمة هو إفراز حصة لشريك في المال الشائع ، وما يصاحب ذلك من أثر كاشف .
والأثر الثاني هو ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأي منهم من تعرض أو استحقاق في نصيبه المفرز لسبب سابق على القسمة .
وهذان الأثران هما اللذان تتوالى بهما هنا ، تاركين آثاراً أخرى ثانوية ، كالإلزام المتقاسم بدفع المعدل والالتزام الراسي عليه مزاد المال الشائع بدفع الثمن الذي رسا به المزاد ، إلى حكم القواعد العامة ، فهذه القواعد هي التي تسرى في هذا الصدد .

ويترتب على القسمة أيضاً حق امتياز المتقاسم . فللشركاء الذين اقتسموا منقولاً حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب للقسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل (م ١١٤٦ مدني) . وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه ، تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين ، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة (م ١١٤٩ مدني) . ولكن حق امتياز المتقاسم على المنقول وعلى العقار يدخل في موضوع التأمينات العينية ، وسنتناوله بالبحث في الجزء العاشر من التوسيط مع سائر التأمينات .

المطلب الأول

الإفراز - الأثر الكاشف (*)

٥٧٢ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٣ مدني على ما يأتي :

(*) مراجع : Edouard du Card في الأثر الكاشف لقسمة في القانون القديم والقانون الحال سنة ١٨٩٥ - Wahl في تطورات القضاء فيما يتعلق بالأثر الكاشف لقسمة (كتاب عبد المني ، - (٦٠)

« يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آتت إليه منذ أن تملك في الشروع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص » (١).

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ٤٥٧ : وفي التقنين المدني المختلط المادة ٥٥٥ (٢).

= لتقنين المدني الفرنسي ١ ص ٤٤٣ وما بعدها) - Pilon في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٩١٧ وما بعدها - Desserteaux في النظرية العامة للأثر الكاشف في القانون المدني الفرنسي باريس سنة ١٩٠٨ - Giraud في تقسيم الحقوق في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ - Lébrez في صير الحقوق المترتبة على الأموال الشائعة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ - Hebraud في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٨ - Morel في تصفية المشاركة بين الزوجين والتركة وقسمتها دروس نظم الدكتوراه باريس سنة ١٩٤٩ - سنة ١٩٥٠ - حسن كيرة في تصرف الشريك في جزء مغز من الشيء الشائع فصلا من لملة كلية الحق في المدوين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ - سنة ١٩٦٣ - منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٦٤ من ٧٣ - من ٢١٣ .

رسائل : Ducdodon رسالة من جرينويل سنة ١٩٠٢ - Valentim رسالة من نانسى

سنة ١٩٠٢ - Bondier رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ - Lecat رسالة من ليل سنة ١٩٠٥ - Le Ba رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - Bondet رسالة من تولوز سنة ١٩٠٧ - Renou رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Simon رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Paillard في الأثر الكاشف للقسمة في قانون الضرائب رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - Gallet دراسة في افتراض الرجعية في القانون الفرنسي رسالة من پواتيه - Slesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - Querel في الطيعة الافتراضية للمادة ٨٨٣ من التقنين المدني الفرنسي رسالة من ليون سنة ١٩٢٣ - Lachaze دراسة ضرائبية للقسمة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ - Vincent في تقسيم حقوق التركة وديونها بين الورثة رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - Chevallier في الأثر الكاشف للاتفاقات والعقود رسالة من رن سنة ١٩٣٢ - Heber في نقل الحقوق في التركة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - Mouras رسالة من نانسى سنة ١٩٣٩ - Verone رسالة من ليل سنة ١٩٤٦ - Boyer في فكرة الصلح رسالة من تولوز سنة ١٩٤٧ - Merle في النظرية العامة لتصرف الكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ - Deprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩١٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٣ - ص ١٢٤) .

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٤٥٧ : وكل حصة وقعت بموجب انقصة في نصيب

أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التي قسمت .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٧٩٧ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨٤٧ - وفي التفتين المدني العراقي م ١٠٧٥ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٦ .

ويتبين من هذا النص أن التهمة ، عندما تفرز نصيب كل شريك ، يكون لها أثر رجعي . ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشروع . فإذا كان قد تملك في الشروع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لامن وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك في الشروع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لامن وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك في الشروع باعتباره شريكا مال الشراكة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشراكة لا من وقت تمام القسمة ، وهكذا (٢) . وفي مقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك

= (وهذا النص يوافق نص التفتين المدني الجديد) .

التفتين المدني المختلط م ٥٥٥ : قسمة المال عينا تعتبر بمرحلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع .

(وهذا النص يجعل للقسمة أثرا ناقلا لا أثرا كاشفا ، على خلاف التفتين المدني المسمى السابق والتفتين المدني الجديد) . وضع ذلك فقد جرى القضاء المختلط على أن يجعل للقسمة أثرا كاشفا : استئناف مختلط ٤ أ ب يل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ - ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ - ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٠ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٧٩٧ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨٤٧ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١٠٧٥ : ترجع جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة ، فيعتبر كل متفاسم أنه كان دائما مالكا للصفة المفروزة التي آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص . (وهذا النص يوافق نص التفتين المدني الجديد) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٦ : يعد كل متفاسم كأنه مالك في الأصل للأشياء التي خرجت في نصيبه أو التي اشتراها بالمراد عند بيع المال المشترك ، وكأنه لم يكن مالك لسائر الأشياء . (وهذا النص يوافق نص التفتين المدني الجديد) .

(٢) ويستدل في ذلك أن يكون الشريك قد دخل منذ بدء الشروع ، أو دخل بعد ذلك باز

نزول له شريك في الشروع عن حصته الشائعة (بودي وفال في المراءيث ٢ فقرة ٢٣٨٩) .

في أى وقت أى مال آخر مفرز وقع في نصيب أى شريك آخر ، فلا يعتبر أنه قد تملك ولو حصة شائعة في هذا النصيب المفرز الذى تملكه الشريك الآخر . وهذه هي النظرة التقليدية لأثر القسمة ومنها يتبين أن ليس للقسمة أثر كاشف (effect déclaratif) فحسب ، أى أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفرزاً في المال الشائع ، بل لها أيضاً أثر رجعى (effet rétroactif) أى أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذى بدأ فيه الشروع ، ولا تقف عند الوقت الذى تمت فيه القسمة (١) .

٥٧٣ - الأثر الحقيقي للقسمة أثر مزدوج لأشرف وناقل : والواقع

من الأمر أن للقسمة ، بطبيعتها ، أثراً مزدوجاً ، كاشفاً وناقلاً . ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع ، وقلنا إن أرضاً يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً للشريكين تتراحم عليها ملكية كل منهما . فإذا اقتطعنا أى جزء مفرز منها ، كان هذا الجزء هو أيضاً ملكاً للشريكين تتراحم عليه ملكية كل منهما . فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما ، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها ، فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر . فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل ؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض ، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قدمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفي أثناء الشيوع ، ملكاً للشريكين لكل منهما النصف . فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف ، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر ، فخلصت له بملك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « القسمة ، سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية ، سواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية ، يترتب عليها أن : (١) يكى لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقادم مالاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها وبقية المحصل (قانون م ٥٥٥ من القانون المدنى المختلط وهو تنص على أن القسمة منشئة كالتبعية) . ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقررة أو كاشفة لاحق . ويترتب على هذا الأثر الرجعى نتائج كثيرة معروفة ، أهمها أن تصرفات الشريك في جزء مفرز يدورق أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

في نصف النصيب . وأثر ناقل في النصف الآخر . ويكون خمسة اذن ، بطبيعتها ، أثر مزدوج ، كاشف وناقل (١) .

ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، لم يبق إلا أن تغلب أثراً على آخر في المواضع التي يحسن فيها . من الناحية العملية . تغلب هذا الأثر . فتارة تغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليه . وتارة تغلب الأثر الناقل إذا دعت مقتضيات العملية إلى ذلك .

ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل . فقد صار التقنين المدني على النهج التقليدي وعم أثر القسمة ، فجعله في جميع الأحوال أثراً كاشفاً .

(١) وهذا التحليل الذي نعمل به نجد له نظيراً في الفقه الإسلامي ، فقد قال الكاساني في البدائع : « وأما بيان معنى القسمة ... فهي ... عبارة عن إزاء بعض الأنصبة عن بعض ومبادلة بعض ببعض ... فإذا قسمت (العين) بينهما نصفين .. فلا بد أن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع . فلو لم تقع قسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسم ، لم يكن المقسم كله ملكاً للمقسم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه . فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبها من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بهما من وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة . فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له إفرازاً وتميزاً أو تعييناً لها في الملك ، وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المهيمنة في نصيبه ببعض الأجزاء المهيمنة في نصيب صاحبه ... والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هي إفراز من وجه ومعاوضة من وجه .. » (البدائع ٧ ص ١٧) .

ونجد له نظيراً أيضاً في الفقه الفرنسي الحديث ، إذ يقول أوبوي ورو : « والواقع من الأم أن القسمة ليست محض كاشفة كما هو شأن الحكم القضائي ، وليست محض ناقلة كما هو شأن البيع والمقايضة . فهي ليست محض كاشفة ، لأنها تحول حقاً ثانياً في مجموع المال المملوك في الشيوع إلى حق مقصور على صاحبه في جزء محدد تحديداً مادياً من هذا المال . وهي ليست محض ناقلة ، لأن كل شريك كان له قبل القسمة حق شائع في كل ذرة من ذرات الجزء المفرز الذي آل إليه . ومن ثم يبدو غير صحيح أن يقال إن القسمة محض ناقلة أو يقال إنها محض كاشفة ، فالعبارة الأخيرة تقصر عن الحقيقة ، في حين أن العبارة الأولى تجاوزت الحقيقة » (أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ١) .

ويقول كملان وكايتان ودي لامورانديير : « يبدو أن القسمة ... لها طبيعة مزدوجة ، فهي في وقت واحد كاشفة وناقلة » (كولان وكايتان ودي لامورانديير الطبعة العاشرة ٣ فقرة ١١٤٣ ص ٥٨٨) : فهي كاشفة فيما يتعلق بما كان للمتقاسم من حق شائع في الجزء الذي استقل به في القسمة ، وناقلة فيما يتعلق بحقوق الشركاء التي كانت لهم في هذا الجزء - وانظر أيضاً بيدان وليبال « مكرر فقرة ٧١٢ ص ٢٨٢ » .

٥٧٤ - تأييد التاريخ لفكرة الأثر المزدوج : والتاريخ نفسه يؤيد فكرة الأثر المزدوج .

فقد كان للتسمة في القانون الروماني أثر ناقل ، أى أن هذا القانون كان يغلب فكرة الأثر الناقل على فكرة الأثر الكاشف . والتصوير الفنى الذى انتهى به إلى هذه النتيجة هو أنه اعتبر الشريك ، فى اختصاصه عند التسمة ينصيب مفرز ، يكون قد بادل شركاءه على حصصهم الشائعة فى هذا النصيب المفرز بخصته الشائعة فى كل نصيب مفرز لهؤلاء الشركاء . ولما كانت المبادلة نافلة للملكية ، فالتسمة التى أجرت هذه المبادلة تكون هى أيضاً نافلة للملكية . ولكن هذا التحليل أغفل أمر الحصة الشائعة التى كانت للشريك قبل التسمة فى نصيبه المفرز ، فهذه الحصة قد اندمجت فى نصيبه هذا وبقيت له بعد التسمة ، ومن ثم تكون التسمة كاشفة عن حقه فى هذه الحصة لا نافلة لها . ومن أجل هذا قلنا إن القانون الروماني قد غلب الأثر الناقل على الأثر الكاشف ، لأن أثر التسمة لا يتمحض أثراً ناقلاً ، كما لا يتمحض أثراً كاشفاً . فإذا جعل القانون الروماني للتسمة أثراً ناقلاً . فإنما يكون هذا تغليباً للأثر الناقل على الأثر الكاشف ، إذ لم تدع الحاجة العملية فى عهد القانون الروماني إلى تغليب الأثر الكاشف . وقد رتب الرومان على أن للتسمة أثراً ناقلاً أن جعلوا كل متقاسم خلفاً خاصاً للمتقاسمين الآخرين فيما اختص به المتقاسم من نصيب مفرز ، فينتقل هذا النصيب المفرز إلى المتقاسم عملاً بالحقوق العينية التى رتبها المتقاسمون فى أثناء الشروع عليه ، كحق رهن أو حق انتفاع . كذلك اعتبرت التسمة ، بوصفها عقداً ناقلاً للملكية ، سبباً صحيحاً فى التقدم القصير .

وبقيت التسمة ذات أثر ناقل فى القانون الفرنسى القديم إلى أواخر للقرن الرابع عشر على الأقل ، ثم ظهرت فكرة الأثر الكاشف تحت ضغط الحاجات العملية ، فهذه الحاجات هى التى غلبت ، على نقيض ما كان الأمر فى القانون الروماني ، الأثر الكاشف على الأثر الناقل .

ظهرت الحاجة العملية إلى الأثر الكاشف فى ميدان القانون المالى ، عندما أصبح التصرف فى أموال الإقطاع (fiefs) جائزاً بموافقة السيد (Seigneur) فى نظير تحصيل رسوم مالية (droits seigneuriaux, de lods et ventes) ،

وإذا كانت القسمة ناقلة كما كان الأمر في القانون الروماني ، فقد كان مقتضى ذلك أن ورثة الذابغ عند قسمة أموال الإقطاع فيما بينهم يدفعون رسوما للسيد إذ المال قد انتقل إليهم بالقسمة . . . ذلك بالإضافة إلى الرسوم التي سبق لهم أن دفعوها عند انتقال أموال الشركة إليهم من مورثهم . فتناديا من تكرار دفع الرسوم ، عرضت المسألة للبحث . واستقر الرأي على أن تعفى القسمة العينية من الرسوم لأنها شئت بالمقايضة . وكانت المقايضة ، هذه من الرسوم . أما قسمة التصفية . فقد ذهب ديمولان إلى إسقاطها من الرسوم أيضا إذا راسا المزداد على أحد الشركاء^(١) . وقبل في تبرير ذلك إن القسمة هي نقل ضروري للملك (aliénation nécessaire) ، لأن الوارث لا يجبر على البقاء في الشيوع . وقيل كذلك إن الرسوم قد دفعت عندما تغير شخص التابع بأشخاص الورثة عند الميراث ، أما القسمة فلا يترتب عليها تغيير في الأشخاص بل يبقى الورثة كما هم . ومهما يكن من أمر . فإن الأثر الناقل للقسمة قد تقلص في ميدان القانون المالي تحت ضغط الحاجة العملية ، وحل محله الأثر الكاشف .

وظهرت الحاجة العملية أيضاً إلى الأثر الكاشف في مجال القانون المدني ، إذ ظهر الرهن المعروف باسم "obligatio bonorum" ، وكان رهنا خفياً عاما ينشأ بحكم القانون على أثر أى تصرف في ورقة رسمية أو على أثر أى حكم بالمديونية . فكان مقتضى أن للقسمة أثراً ناقلاً أن ينتقل النصيب المقرز إلى الشريك محملاً بالحقوق التي ترتبت عليه في أثناء الشيوع . ومنها هذا الرهن الخفي العام الذي كان ذائع الانتشار . فقيل . للتخلص من فكرة الأثر الناقل للقسمة وتفادى هذا الرهن ، إن القسمة ليست من عقود المضاربة (contrats de commerce) ، بل هي وسيلة لحصول الشريك على حقيقة قيمة الجزء الشائع الذي كان له . ومن ثم تقرر أن المتقاسم يحصل على الجزء المقرز الذي يقع في نصيبه ، خالياً من الرهن الذي رتبته غيره ، ومن الجزء الذي وقع على حصة غيره^(٢) . وهكذا تغلب في مجال القانون المدني ، كما تغلب

(١) أما إذا راسا المزداد على أجنبي ، فقد اعتبرت القسمة بيعاً ، ومن ثم أصبحت خاصة للرسوم .

(٢) وذلك بعد قضية مشهورة سميت بقضية الإخوة الأربعة (l'affaire de quatre frères) ، ملك فيه دينان بالأثر الناقل للقسمة ، وتطلب الرأي العكسي تحت ضغط الحاجات العملية .

في ميدان القانون المالي ، وتحت ضغط الحاجات العملية دائماً ، الأثر الكاشف للقسمة ، بعد أن كان الأثر الناقل هو المتغلب . وما لبث أن استقر الأثر الكاشف للقسمة في القانون الفرنسي القديم .

ونقل بوتيه القانون الفرنسي القديم في هذه المسألة على الوجه الذي استقر عليه ، وحاول تفسيره بطبيعة الشروع . ولكنه لجأ أخيراً إلى الافتراض القانوني ، فقال إن كل وارث يعتبر أنه ورث وحده ومباشرة كل ما وقع في نصيبه ، وأنه لم يرث شيئاً فيما وقع في نصيب غيره من الورثة . ومن هذه العبارة نقلت المادة ٨٨٣ مدني فرنسي ، واستقيت المادة ٨٤٣ مدني مصري . ولا شك في أن تعميم الأثر الكاشف للقسمة في هذه النصوص إنما جاء عن طريق الافتراض والمجاز القانوني .

٥٧٥ - ظهور فكرة الأثر اللطيف في الفقه الحديث على سبيل

الحقيقة لا على سبيل المجاز والتمييز بين الأثر اللطيف والأثر الرجعي : ثم ظهر أخيراً في الفقه الحديث اتجاه يذهب إلى أن الأثر للكاشف للقسمة لا يؤخذ على سبيل المجاز كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، وكما انتقل بعد ذلك إلى التقنين المدني الفرنسي ، بل يجب أخذه على سبيل الحقيقة^(١) . فالقسمة بطبيعتها لها أثر كاشف ، إذ هي لا تنشئ حقاً جديداً للمتقاسم ، بل إن الحق الذي كان له في أثناء الشروع هو الذي آل إليه بالقسمة . وكل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي . فبعد أن كان الحق شائعاً بحصة معنوية في كل المال الشائع ، وكان هناك تباين بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي ، أصبح النطاق المعنوي للحق ، بالقسمة ، مطابقاً لنطاقه المادي . فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أي

(١) انظر بلانيول وريبير وموري وفيالتون : فقرة ٦٣٩ - أنسيكلوبيد دالوز : ه

لفظ Succession فقرة ١٧٦٥ - فقرة ١٧٦٦ - Sieassé رسالة من باريس سنة ١٩٢٢

ص ٥٦ وما بعدها و ص ٤٧١ وما بعدها - Chevallier رسالة من رن ١٩٢٢ - Houie

بحوث جامعة هنري كاپيتان سنة ١٩٤٧ - جزء ٣ ص ٢٤٨ وما بعدها - Boyer رسالة من تولوز

١٩٤٧ - Merle رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ - فقرة ١٥٢ وما بعدها - Déprez رسالة من

ون سنة ١٩٥٣ فقرة ٩٢ وما بعدها .

افتراض مخالف للحقيقة. وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة عنها (١)

(١) وقد سار هذا الاتجاه فريق من الفقهاء في مصر. فيقول الأستاذ إسماعيل غانم إن ذلك ليس الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية على المادى الشيء الشائع كله. وإن كان محداً تحديداً معنوياً بحصة الشريك في الشيوع. فيرتب عن ذلك أن القسمة، بمرأزها للشريك جزءاً مادياً من الشيء الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقاً جديداً لم يكن له من قبل، فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية له المادى الشيء الشائع كله. وإنما هي تقتصر على التغير في هذا الحق على وجه معين، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى. فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه مد تحديداً معنوياً بالثلث مثلاً، وكان بذلك مثبته بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله، أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محداً تحديداً مادياً بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده، ويعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله. القسمة إذن لا تنقل للمتقاسم حقاً جديداً، وإنما هي محددة للحق البات له منذ أن تملك في الشيوع، فهي تقتصر على التغير في بعض عناصر هذا الحق، في نطاقيه المادى والمعنوى، يجعلهما متطابقين، فتزيل بذلك انعقبات التي كانت تجم إلى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتي كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة ملكيته. وإذا اتضح أن هذه هي وظيفة القسمة، فإن وصفها بأنها كاشفة يكون مبرراً عن حقيقة الحال... وإذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أى افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها، فلا يل للتضييق في تطبيقه...» (إسماعيل غانم فقرة ١١٣ ص ٢٦١ - ص ٢٦٣). ويقول الأستاذ حسن كيرة: «فالقسمة إذن لها أثر كاشف، بمعنى أنها لا تخلق لأمتقاسم حقاً جديداً لم يكن له، بل هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلاً منذ الشيوع والمتمدد بعد القسمة، ولكن بتعديل جزءه في محله: فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء الشائع كله دون تحديد، تأتي القسمة فتعلن ما كان قائماً له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصره - بما يطابق ما كان له من حصة معنوية - في جزء مادي مفرز من هذا الشيء، فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق بجعل سلطاتها على المحل المحدد بالإفراز معلقة خاضعة للمقاسم له وحده. فحق المتقاسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وبنفس منته، ولكن بعد أن تحقق بالإذاز التطابق بين المحل المادى والحصة المعنوية بما يتمتع معه ما كان مصاحباً للشيوع قبل القسمة - نتيجة انعدام هذا التطابق - من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل» (حسن كيرة فقرة ١٥٣ ص ٥١٢). ويقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة: «إن حق الشريك المشتاع، وإن كان محداً تحديداً معنوياً بحصته الشائعة، إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع لتخلص ملكيته للشريك خله صافاً تاماً. والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع، فهي لا تحول الشريك شيئاً جديداً، وإنما سدد حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة.. وهي لا تحول الشريك حقاً جديداً، بل يقتصر أمرها على التغير في حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق.. والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا، لأنه مستمد من طبيعة القسمة» (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٣ ص ٢٣٧).

والقائلون بالأثر الكاشف الحقيقي للقسمة يميزون بين هذا الأثر الكاشف وبين الأثر الرجعي ، فيقولون بالأول ولا يقولون بالثاني . فالأثر الكاشف عندهم يكفي للوصول إلى أهم نتيجة يقصد إليها من القول بالأثر الرجعي ، وهي أن يخلص للمتناقص نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة في أثناء الشروع . فما دامت القسمة لها أثر كاشف ، فهي تكشف عن حق المتناقص في نصيبه المفرز ، وعن أن هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفي أثناء الشروع ، وأنه هو نفسه الذي آل إلى المتناقص بالقسمة ، فيؤول خاليا من تصرفات شركائه ومحتملا بتصرفاته هو . ولا حاجة بعد ذلك إلى الأثر الرجعي ، وهو الأثر الذي ينطوي عليه نص المادة ٨٨٣ مدني فرنسي ونص المادة ٨٤٣ مدني مصري ، إذ بموجب هذا الأثر « يعتبر المتناقص مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشروع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصة » . فيفترض إذن بمقتضى الأثر الرجعي أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المفرز في التركة منذ موت مورثه ، ويترتب على ذلك هو مرحلة الشروع التي أعقبت

= ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الفريق من الفقهاء ، ويذهب ، على التمييز منهم ، إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة ، فيقول : « وجود حق شائع للمتناقص قبل القسمة على الجزء المفرز الذي اختص به لا يمنع من القول إن القسمة ناقلة ، فالقسمة لم تنقل ... إلا الحق الشائع الذي كان لغير المتناقص على الجزء المفرز الذي اختص به . وباجتماع هذا الحق مع ما كان للمتناقص من قبل تخلو له الملكية مفرزة » . (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في لمة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٢٢) . ويد الأستاذ منصور مصطفى منصور على الفكرة الرئيسية في أقوال هذا الفريق من الفقهاء ، من أن أثر القسمة هو تحقيق المطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه الممنوي وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذي كان قائما وقت الشروع بعد أن تحدد محله المادي ، بما يأتي : « معنى أن أثر القسمة هو تحقيق المطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي ، أنها تعطي الشريك ، الذي له الثلث مثلا ، حقا له كل مضمون الملكية على ثلث الشيء ، بعد أن كان له حق يحته له ثلث مضمون الملكية على الشيء كله . ولا يمكن - في ظل هذا التفسير - أن نقول إن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته .. ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة ، سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون . فقبل القسمة كان له حق يرد على كل شيء ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية ، وبعد القسمة أصبح للشريك حق يرد على جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية . وهو ما يمكن - في تقديرنا - القول إن القسمة تعطي الشريك حقا آخر غير الحق الذي كان له أثناء الشروع » . (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٧١) .

موت المورث يثبت إلى أن تمت القسمة . وهي مرحلة قد تطول سنين عديدة ، ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعى ويعتبرها كأنها لم تكن . وواقع الأمر أن مرحلة الشيوخ هذه قد حدثت ، وحدثت آثارا لا يجوز تجاهلها . منها أن ما قبضه الورثة من الثمار في أثناء الشيوخ لا يجب رده^(١) . ولو أعمل الأثر الرجعى لوجب ، دها ولوجب أن يستولى كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه . ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال . ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث^(٢) . فهذه مسائل تدل على وجوب الاعتداد بمرحلة الشيوخ التى سبقت القسمة ، وإذا جاز القول بالأثر الكاشف وهو لا يمس مرحلة الشيوخ هذه ، فإنه لا يجوز القول بالأثر الرجعى ومن شأنه أن يمحو مرحلة الشيوخ محوا تاما ويعتبرها كأنها لم تكن^(٣) .

٥٧٦ - تضارب الآراء فيما يجب إدخاله من تعديل فى نصوص

التقنين المدنى الخامسة بأثر القسمة : وقد دعا هذا الأثر المزدوج للقسمة ، وتغليب الأثر الكاشف تارة بل جعله هو الأثر الطبيعى ، وتغليب الأثر الناقل

(١) وقد فضت محكمة النقض بأن الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوخ من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم ، وإجاء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصت له إلا من وقت حصول القسمة . ولا يقدح فى ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ مدنى من اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوخ ، ذلك أن علة تقريه هذا الأثر الرجعى للقسمة هى حماية المتقاسم من الحقوق التى يتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوخ بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهراً من هذه الحقوق . ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق ، واستبعادها فى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه العائدة قبل القسمة (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٠ ص ١١٤٥) .

(٢) پلانيول وريدير وبولانجييه ٣ فقرة ٣١٢٢ .

(٣) انظر پلانيول وريدير وبولانجييه ٣ فقرة ٣١٢٧ - وانظر فى الأخذ بالأثر الكاشف دون الأثر الرجعى إسماعيل غانم فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ وفترة ١٣٢ ص ٣٠٠ - ص ٣٠٥ - حن كيرة فقرة ١٥٥ وما بعدها - وانظر فى استنادة القول بالأثر الرجعى مع القول بالأثر الناقل للقسمة منصور مصطفى منصور فقرة ٨٥ ص ٢١٣ - ص ٢١٥ .

تارة أخرى ووصفه بأنه هو الأثر الطبيعي ، إلى تضارب الآراء فيما يقترح إدخاله من تعديل في نصوص التقنين المدني في هذا الخصوص .

فمن قائل بضرورة إلغاء المادة ٨٤٣ مدني اعتماداً على أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيغني ذلك عن تقرير الأثر الرجعي . ويقول أنصار هذا الرأي إن « في هذا التصوير الجديد للملكية الشائعة وللقسمة ، لم تعد للأثر الرجعي ضرورة تقتضيه . فتصرف الشريك أثناء الشبوع في الشيء الشائع ، ولو أنه صادر من مالك ، إلا أنه لا يكون نافذاً قبل شركائه لما فيه من مساس بحقوقهم . ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوقع الجزء الذي تصرف فيه الشريك في نصيب شريك آخر ، إذ أن الشريك الذي اختص بذلك الجزء ليس خلفاً للشريك المتصرف ، فالقسمة كاشفة لا ناقلة ، فيظل التصرف غير نافذ . وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرد ، وتحقق حمايته من الحقوق التي تقررت من قبل متقاسم آخر ، بغير حاجة إلى افتراض أثر رجعي للقسمة » (١) . ونرى مما قدمناه أن صحة هذا الرأي يتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها ، وهو تصوير حديث لا يزال محلاً للمناقشة والأخذ والرد ، ويوجد رأي يعارضه فيذهب إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها وقد سبقت الإشارة إلى هذا الرأي (٢) .

ومن قائل بضرورة تعديل المادة ٨٤٣ مدني بما يستبعد الأثر الرجعي للقسمة ويبرز أثرها الكاشف ، وفي رأي أصحاب هذا القول يمكن أن يتم التعديل على النحو الآتي : « يعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المقسوم بناء على السند الذي تملك به في الشبوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء » (٣) . ويعيب هذا الرأي ، في نظرنا ، فضلاً عن أنه يذهب

(١) إسماعيل غانم فقرة ١٣٢ ص ٣٠٥ وفقرة ١٣٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٥ ص ٩٥٣ هامش ١ - ويلاحظ أن الاتجاه الحديث الذي يذهب إلى أن القسمة بطبيعتها أثر كاشف من شأنه ، كما رأينا ، أن يجعل محل الحق الشائع للشريك ، في أثناء الشبوع ، هو المال الشائع كله . وهذا يتعارض مع ما قدمنا من أن حق الشريك في الشبوع يقع على حصة معنوية في المال الشائع (quote - part abstraite) لا على كل المال الشائع (انظر آنفاً فقرة ٥٨٥ فقرة ٥١٤ في الهامش) .

(٣) حسن كبيرة في تصرف الشريك في جزء من الشيء الشائع فصلا من كلية الحقوق سنة ١٩٦٢ - سنة ١٩٦٣ ص ٧٦ .

إلى أن القسمة كشفت بطبيعتها وهو رأى لا يزال محلاً للنظر كما قدمنا ، أنه يقصر الأثر الكاشف على بعض النتائج التي تترتب عليه ، وبمثل نتائج أخرى يتركها النص فتضطرب فيها الآراء . من ذلك هل يجوز اعتبار القسمة سبباً صحيحاً في التناهد القصير . فإذا قيل لا يصح وهو القول المعمول به تعارض هذا القول مع التعديل المقترح إذ لم يذكر هذا التعديل هذه النتيجة فيما ذكره . ومن قائل بأن القسمة ناقلة بطبيعتها وليست بكاشفة ، ويقترح إلغاء المادة ٨٤٣ مدني ، « وبهذا الإلغاء - كما يقول أنصار هذا الرأي - يزول السند التشريعي لوصف القسمة بأنها كاشفة ، وتصبح مسألة بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتل الخلاف »^(١) . وإذا ترك بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتل الخلاف ، فالمتنظر أن الآراء تضطرب كثيراً في ذلك ، وهي منذ الآن ومع وجود نص المادة ٨٤٣ مضطربة . وقد رأينا أصحاب الرأي الأول يذهبون هم أيضاً إلى إلغاء المادة ٨٤٣ ، ليصلوا إلى نتيجة هي عكس النتيجة التي يريد أن يصل إليها أصحاب هذا الرأي الأخير ، وهي أن القسمة كاشفة لا ناقلة .

(١) منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ٢١١ . وانظر في بقية التعديلات التي يقترحها - غير إلغاء المادة ٨٤٣ - نفس المرجع ص ٢١٢ - ص ٢١٣ .

ويذهب الأستاذ منصور مصطفى إلى إمكان استخدام نظرية الحلول المعنى للوصول إلى جعل النصيب المفرز للشريك ينتقل إليه خالياً من تصرفات شركائه ، فيقول في هذا المعنى : « فنحن الشريك في الشيوع بطبيعته معرض دائماً للتحويل إلى ملكية مفرزة على ما يختص به هذا الشريك عند القسمة . ولما كان وصف حق الشريك في الشيوع على هذا النحو مستمداً من طبيعة الحق نفسه ... فكل تصرف من الشريك في حقه بإنشاء حق للغير عليه يؤدي إلى أن يكون حق الغير نفسه مدعاه فاعلاً بهذا الوصف على الأساس السابق وهو أن الشخص لا يعطى غيره أكثر مما له . فكذا أن المالك تحت شرط أو المالك ملكية مؤقتة لا يستطيع أن ينشئ لغيره إلا حقاً معلقاً على شرط أو حقاً مؤقتاً ، فكذا المالك على الشيوع وحده معرض دائماً للتحويل على النعم الذي ينشأ لا يستطيع أن يعطى غيره إلا حقاً معرضاً للتحويل على نفس الوجه . فلا يسمع حق الشريك الذي ينتقل بالقسمة إلى متقاسم آخر ، وإنما يرد على ما يختص به الشريك الذي أنشأه . فكذا أن بصدور تغيير الحل ، فقد نشأ الحق منه ، على حق الشريك الشائع ، ولما استعمل الشريك بمقتضى القسمة بهذا الحق الشائع حقاً مفرزاً ، يصح الحق المفرز محلاً للحق الذي كان واقعاً على الحق الشائع . وبذلك نكون أمام تطبيق من تطبيقات نظرية الحلول المعنى » (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٩٢) .

وإلى أن ينحسم الخلاف حول هذه المسألة ، وإلى أن يستقر الرأي في الاتجاه الجديد الذي أخذ يظهر في الفقه الحديث ويقول إن القسمة كاشفة بطبيعتها ، لا ضرر من استبقاء المادة ٨٤٣ مدني كما هي ، تخلف على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا في وقت واحد ، على أن يكون هذا وذاك على سبيل الافتراض القانوني أو المجاز . فتستخلص جميع النتائج التي تدعو الحاجات العلمية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض ، دون استغراق لجميع النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعي إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك^(١) . ويشفع لما نقول أن القسمة في حقيقتها لها أثر مزدوج ، فسواء قلنا إنها أثر كاشفا أو قلنا إن لها أثرا ناقلا ، فلا بد من استخدام شيء من الافتراض والمجاز في كل من القولين . فالقول بالأثر الكاشف قول ينطوي على افتراض

(١) ومن المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي ، لأن الحاجة العملية لا تستدعي إعمال هذا الأثر ، ما يأتي :

أولا - انتمار التي ينتجها المال الشائع في أثناء الشيوع تكون من حق الشركاء كل بنسبة حصته الشائعة . فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز ، لم يكن لهذا الشريك أن يتمسك بالأثر الرجعي للمطالبة بثأر هذا النصيب المفرز من بدء الشيوع ، فهو إذن لا يستأثر بثأر هذا النصيب إلا من وقت القسمة (انظر آنفا فقرة ٥٧٥) .

ثانيا - العبرة في تحديد المال الشائع وفي تكوين الحصة تكون بالمال الموجود وبقيصة هذا المال ، لا وقت بدء الشيوع ، بل وقت القسمة . وكان مقتضى الأثر الرجعي أن تكون العبرة في كل ذلك بوقت بدء الشيوع لا بوقت القسمة (انظر آنفا فقرة ٥٧٥) .

ثالثا - يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء في أثناء الشيوع صحيحا بعد القسمة ، حتى لو وقع المال المتصرف فيه في نصيب شريك دون غيره من الشركاء (انظر المادة ١٠٣٩ / ١ مدني) . وكان مقتضى الأثر الرجعي أن تسقط تصرفات الشركاء إلا تصرف الشريك الذي وقع في نصيبه المال . وكالتصرف الصادر من جميع الشركاء التصرف الصادر من أغلبية الشركاء بالشروط الواردة في المادة ٨٣٢ مدني .

رابعا - إذا صدر قانن جديد في أثناء الشيوع يقرر قواعد جديدة للقسمة ، وجب تطبيق هذا القانون الجديد على القسمة التي تم بعد صدوره . وكان مقتضى الأثر الرجعي عدم تطبيق هذا القانون الجديد ، مادام الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفز بأثر رجعي في وقت سابق على صدور هذا القانون .

وانظر في مسائل أخرى متعلقة بكسب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصل وبوقت التقدم و انقطاعه وبحق التقدم للدائن المرتهن على أن الذي احتصر به الشريك الراهن : إسماعيل غانم فقرة

يغطي ما بداخل هذا الأثر الكاشف من أثر ناقل ، وكذلك القول بالأثر الناقل لا يخلو من افتراض يستبعد ما يوجد من أثر كاشف إلى جانب الأثر الناقل (١) .

ومهما يكن من أمر ، فلاشك في أن المادة ٨٤٣ مدني ، من ناحية القانون الوضعي ، تقرر الأثر الكاشف للقسمة مصحوبا بالأثر الرجعي ، وقد جاء كل ذلك على سبيل الافتراض والمجاز . فنبعث في صدد هذا النص مسألتين : (١) مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة . (٢) النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف .

١٥ - مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

٥٧٧ - أ . مجال التطبيق من ناحية التصرفات : كل تصرف من شأنه أن ينهي الشروع يكون له أثر كاشف . فالقسمة النهائية أيا كان نوعها ، قضائية كانت أو اتفاقية (٢) ، عيضة أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، يكون لها أثر كاشف (٣) . أما القسمة الموقته ، وهي قسمة المهايأة ، فليس لها هذا الأثر ، إلا إذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة فانقلبت إلى قسمة نهائية (٤) .

وفي قسمة التصفية تفصيل . إذ يجب التمييز بين ما إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء أو بيع لأجنبي . فإذا كان قد بيع لأحد الشركاء ، يبيعا في المراد

(١) ولعل هذا هو الذي دفع لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي إلى أن تستبق في مشروعها التمهيدي نص المادة ٨٨٣ مدني فرنسي (وهي التي تقابل المادة ٨٤٣ من تقنيننا المدني) . فقد انتهت اللجنة ، بعد مناقشات طويلة ومشروعات كثيرة ، إلى نص مستمد من المادة ٨٨٣ يسري على القسمة وكل تصرف معادل للقسمة يكون الغرض منه إنهاء حالة الشيوع أو انقضاء الإبقاء (انظر أعمال لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي سنة ١٩٥٣ - سنة ١٩٥٤ ، سنة ١٩٥٤ - سنة ١٩٥٥ ص ٣٠١ وما بعدها) .

(٢) وأ كانت قسمة فعلية .

(٣) كذا التقص الفرنسية في دوائرها الجمعية ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ -

١ - ١١٣ - أوبري و ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٩ ثانيا - بيدان ، ليال ، مكررة ٤١٧ -

هلائو ل و ريبير ، ١٠ لائحة ٣ فقرة ٣١٣١ - ك لان وكايتان ودي لاموراندبير ٣ فقرة ١١٤٧ -

(٤) انظر المادة ١/٨٤٦ مدني وانظر أيضا فقرة ٤٩٢ .

لو بيع ممارسة . كان البيع قسمة أوقعت في نصيب الشريك المشتري هذا المال بأثر كاشف ، فيعتبر أنه قد تملكه منذ بدء الشروع^(١). ومن ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر في هذا المال تكون قد صدرت في أثناء الشروع ، وتثبت تصرفات الشريك الذي وقع المال في نصيبه . أما الثمن الذي بيع به المال للشريك فيكون له حكم معدل القسمة ، ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات للقسمة . وإذا كان المال قد بيع لأجنبي ، بيعا في المزاد أو بيع ممارسة ، فإن للتصرف يعتبر بيعا فيما بين الشركاء والمشتري^(٢) . ومن ثم يجوز للمشتري أن يظهر العقار المبيع من الرهون التي ترتبت عليه من الشركاء في أثناء الشروع^(٣). أما فيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، ومن ثم يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي ، وعلى ذلك يكون للدائن الذي رتب له هذا الشريك رهنا على للعقار المبيع حتى التقدم في الثمن الذي بيع به العقار دون أن يزاحمه دائن رتب له شريك آخر رهنا على العقار^(٤) .

(١) أوبر و ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ ثانيا و هامش ٦ ثالثا - بيدان وليال ٥ مكرر فقرة ٧٣٠ - بلانيول و ريبير وبولانجي ٣ فقرة ٣١٣٢ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٣ فقرة ١١٤٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٥٧ - ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٣٩٦ - أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ١٦ ابدا - بيدان وليال ٥ مكرر فقرة ٧٢٥ - بلانيول و ريبير وبولانجي ٣ فقرة ٣١٣٣ - فقرة ٣١٣٤ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٣ فقرة ١١٤٩ - فقرة ١١٥٠ .

(٣) وهناك نتائج أخرى ترتب على أن القسمة تعتبر قسمة إذا وقعت الثمن في نصيب أحد الشركاء ، وتعتبر بيعا إذا وقعت لأجنبي . فإن التصفية إذا اعتبرت قسمة جاز نقضها للثمن ، وترتب عليها امتياز المتقاسم ، وكذلك ضمان الاستحقاق في القسمة . أما إذا اعتبرت التصفية بيعا ، فإنه لا يجوز نقضها للثمن إلا إذا كانت الثمن عقارا وكان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية ، ويترتب عليها امتياز البائع لا امتياز المتقاسم ، و ضمان الاستحقاق في البيع لا في القسمة (بلانيول و ريبير وبولانجي ٣ فقرة ٣١٣٤) .

(٤) نقض فرنسي دوائر محكمة ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١١٣ - نقض فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٥٧ - ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٣٩٦ - أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٢٥ - بيدان وليال ٥ مكرر فقرة ٧٢٦ - فقرة ٧٢٨ - بلانيول و ريبير وبولانجي ٣ فقرة ٣١٥٤ - فقرة ٣١٥٦ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٣ فقرة ١١٥١ .

٥٧٨ - تصرفات فنادل الفسحة فيكون لها أثر كاشف : وبعتبر

بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفاً معادلاً للقسمة فيكون له أثر كاشف ، إذ تضاف الحصة المبيعة إلى حصة الشريك المشتري ، ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معادلاً (١) ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشروع ، لا من وقت البيع . أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة فائتة لا كاشفة (٢) .

ويعادل القسمة الكلية للقسمة الجزئية . فالتصرف الصادر لشريك من مائثر الشركاء ، ويكون من شأنه أن ينهى الشروع بالنسبة إلى هذا الشريك وحده مع بقاء الآخرين في الشروع ، يكون تصرفاً كاشفاً ، وعلى ذلك يعتبر الشريك فيما يختص به من المال مفرزاً مالكا له من بدء الشروع من وقت التصرف (٣) .

٥٧٩ - ب . مجال التطبيق من ناحية الأصول : ويتناول الأثر

(١) نقض فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٢٥ - أوبى ورر ١٠ - فترة ٦٢٥ ومواش ٧ إلى ٨ ثانيا - بودرى وقال في المواريث ٣ فترة ٣٢٠٣ - بيدان وليال مكرر فترة ٧١٤ - كهلان وكايتان وصي لامور اندبير ٣ فترة ٣١٣٦ .

(٢) أوبى ورر ١٠ - فترة ٦٢٥ - مواش ٣ - بيدان وليال مكرر فترة ٧١٤ - كولان وكايتان وصي لامور اندبير ٣ فترة ١١٥٣ - رتوان ولانيول ورينبير وبولانچيه ٣ فترة ٣١٣٧ - ويوجد في أحكام القضاء الفرنسي ما يقرر في عبارات عامة أن كاشف يكون الفرض من إنهاء الشروع تماماً ما بين الورثة ، أو ما بين الشركاء في الشروع ، تكون له حتماً طيعة القسمة ، أيما كان الاسم الذي أعطاه المتعاقدون للتصرف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ٢ - ١٢٧ - أورليان ٢٣ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٨ - ١ - ٣٢٩) . ومن ثم قد قضى بأن بيع بعض أعيان التركة الصادر لأحد الورثة من سائرهم يأتق بقسمة للتصفية ويكون له أثر كاشف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ٢ - ١٢٧) ، وعلى ذلك يعتبر الوارث في هذه الحالة مالكا لما اشترى من وقت موت المورث لا من وقت البيع .

(٣) نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٢٦ - على أن القضاء الفرنسي ، في مجموعه ، يقضى بعكس ذلك ، ويشترط حتى يكون التصرف كاشفاً أن ينشئ الشروع بالنسبة إلى جميع الشركاء (بلانيول ورينبير وبولانچيه ٣ فترة ٣١٤١ - أنديكلمويد دالوز ٥ لفظ Succession فترة ١٧٩٢ - فترة ١٧٩٣) .

وانظر في فروم أخرى للقسمة الجزئية بلانيول ورينبير وبولانچيه ٣ فترة ٣١٤٣ - فترة ٣١٤٥ .

الكاشف كل الأموال الشائعة التي كانت محلا للقسمة وتم إفرازها ، فيتناول العقار والمنقول ، كما يتناول الأشياء المادية والحقوق المعنوية كحق المؤلف . وبذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف ما يأتي :

أولاً - معدل القسمة ، فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين ، فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار ، على أن يدفع صاحب الأرض معدلا لصاحب الدار ، فإن هذا المعدل مال أجنبي عن الأموال التي أفرزت بالقسمة وهي الأرض والدار . فيسرى الأثر الكاشف على كل من الأرض والدار ، ولا يسرى على المعدل . ومن ثم يعتبر كل من الأرض الدار ملكا لصاحبه من وقت بدء الشروع ، لا من وقت القسمة . أما المعدل فلا يسرى عليه الأثر الكاشف ، فيقوم التزاما في ذمة المدين به بموجب القسمة ، ولكن بأثر ناقلي لا بأثر كاشف . فلو أن المعدل كان عقارا ، بأن التزم صاحب الأرض لصاحب الدار بإعطائه منزلا صغيراً معدلا للقسمة ، فإن القسمة بالنسبة إلى هذا المنزل الصغير تكون نافذة لا كاشفة ، ويترتب على ذلك أن ملكية المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

ثانياً - الحقوق الشخصية (créances) التي تشمل عليها التركة لا تدخل في الشروع مع أموال التركة الشائعة ، بل تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته في التركة^(١) . ومن ثم لا تمر هذه الحقوق بمرحلة شروع تسبق القسمة ، بل هي منذ البداية تنقسم بين الورثة كما قدمنا ، فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة إليها . ويعتبر كل وارث صاحب حصته في الحق الشخصي من وقت وفاة المورث ، لا بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، بل بفضل انقسام الحق الشخصي بمجرد وفاة المورث . وإذا كانت المادة ٩٠٧ مدني تنص على أنه « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » ، فليس هذا معناه أن الحق الذي للتركة يبقى شائعا بين الورثة إلى حين القسمة . فهو ينقسم ، كما سبق القول ، على الورثة ، ثم إذا وضع كل الحق عند القسمة

(١) ما لم تكن غير قابلة للتجزئة فتجرى عليها أحكام عدم القابلية لتجزئة ، لا أحكام

في نصيب أحد الورثة . فإنما يكون ذلك في العلاقة فيما بين الورثة وحدهم
أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق فإنه يموت المورث يصبح مدينا لكل وارث بمقدار
حصته ، وعندما يقع الحق في نصيب وارث واحد عن طريق القسمة ، يجب
على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته في الحق لهذا الوارث عن
طريق حوالة الحق . ولا يصبح هذا الأخير صاحب الحصص الباقية من الحق ،
بالنسبة إلى المدين ، إلا من وقت صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين بإعلانها
أو بقبولها (١)

٥٨٠ - ح. مجال التطبيق من ناحية الأشخاص : يسرى الأثر
الكاشف بالنسبة إلى جميع المتقاسمين ، أي بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع
وقت القسمة . ويستوى في ذلك من كان يملك في الشيوع منذ بداية الشيوع
ومن كان يملك في الشيوع بعد ذلك مادام أنه مالك في الشيوع وقت القسمة . ومن
ثم يسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة ، وكذلك على كل شخص غير وارث
انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة . فليس من الضروري
إذن أن يكون جميع الملاك في الشيوع قد استعملوا حقوقهم من سند واحد ،
بل قد تختلف سندات التملك فيملك أحد الملاك المشتاعين بموجب سند معين
و يملك مالك مشتاع آخر بموجب سند غير السند الأول . ومع ذلك يسرى
الأثر الكاشف لقسمة المال المشتاع بالنسبة إلى الاثنين معاً (٢) .

ويسرى أيضاً الأثر الكاشف بالنسبة إلى الغير . فإذا رهن أحد الملاك
المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع لدائن مرتين ،
فإن هذا الدائن - وهو من الغير - يسرى في حقه الأثر الكاشف . ويترتب
على ذلك أنه عند القسمة ينتقل إلى شريك آخر ، غير الشريك الراهن ، نصيبه
المفرز خالياً من الرهن ، بفضل الأثر الكاشف للقسمة وقد سرى في حق

(١) ولكن الورثة يضمنون للوارث الذي وقع في نصيبه الحق ، ليس لحسب وجه الحق
كما هو القاعدة العامة (م ١/٢٠٨ مدني) ، بل أيضاً يسار المدين وقت القسمة . ما لم يوجد اتفاق
يخص بغير ذلك - انظر في هذه المسألة إسماعيل غانم فقيرة ١٢٩ .

(٢) أوبري ورو ١٠ فقرة ٢٢٥ وهامش ٩ ثالثاً ورابعاً - بوردو وقال في الموارث

ويقع هذا بحكم الأثر الكاشف للقسمة ، فالشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكا له منذ بدء الشبوع لا من وقت القسمة ، ومن ثم لا ينفذ فى حقه أى تصرف وقع من شريك آخر فى أثناء الشبوع ، ولا يتثبت وينفذ إلا التصرفات الصادرة منه هو فى هذا الجزء المفرز . وهذه هى أهم نتيجة للأثر الكاشف للقسمة . وقد رأينا أن فكرة الأثر الكاشف نفسها لم تنبت فى القانون الفرنسى القديم إلا لتحديد مصير التصرفات التى تصدر من الشركاء فى أثناء الشبوع ، حتى يخلص لكل منهم بعد القسمة نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الآخرين ومثقلا بتصرفاته هو .

ويترتب على ذلك أن الشريك . الذى خلس له نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه . يستطيع أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين . فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك ، وعلى نفقته . أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه .

وكما تسقط الحقوق العينية التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر ، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية . فإذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع على مال شائع ، ووقع هذا المال بالقسمة فى نصيب شريك آخر . فإن هذا الشريك الآخر يخلص له المال خاليا من حق الانتفاع الذى رتبه شريكه .

كذلك إذا باع شريك مالا شائعا أو وهبه ، ووقع المال الشائع بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فإن عقد البيع أو عقد الهبة الصادر من الشريك الأول يسقط ، ويخلص المال للشريك الآخر خاليا من هذه التصرفات . ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع ، إذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع فى نصيبه هذا المال عند القسمة . بل آل إلى شريك آخر .

٥٨٣ - عدم اعتبار القسمة مبيحا فى التقادم القصير : إذا

اختص أحد الشركاء عند القسمة بعقار . فإنه لا يعتبر مالكا له بموجب عقد القسمة إذ القسمة كاشفة لاناقله ، ولكنه يعتبر مالكا له كما قدمنا منذ بدء الشبوع .

ثم نفرض أحد فرضين : (١) أن يكون هذا العقار قد ورثه المشتاعون

في تركة مورثهم ، وأن هذا المورث لم يكن يملك هذا العقار بل كان مغتصباً إياه أو واضعاً يده عليه دون سند تمليك . فالوارث الذي وقع في نصيبه هذا العتار ، إذا استمر حائزاً له خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أن يتسلطه بالتقادم القصير . فهو لا يستطيع أن يستند إلى اسمه ، إذ هو لا تعتبر سبباً صحيحاً لأنها كاشفة والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقلاً^(١) . ولا يستطيع أن يستند ، كسبب صحيح ، إلى الميراث وهو السبب الذي يصعد إليه كسند للملكية نتيجة للأثر الكاشف للقسمة ، لأن الميراث ليس تصرفاً قانونياً بل هو واقعة مادية ، فلا يصلح سبباً صحيحاً في التقادم القصير . (٢) أن يكون العتار قد اشتراه المشتاعون من غير مالك شائعاً بينهم ، ووقع عند القسمة مفرزاً في نصيب أحدهم . فهذا الشريك إذا استمر حائزاً للعقار خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أيضاً أن يتمسك بالقسمة سبباً صحيحاً للملك بالتقادم القصير لما قدما . ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذي بموجبه اشترى هو وشركاؤه العقار . ومن ثم يصير مالكا بالاستثناء إلى هذا البيع ، وهو سبب صحيح لأنه ناقل للملكية . ونرى من ذلك أن الشريك يتملك العتار بالتقادم القصير ، ولكن بفضل البيع لا بفضل القسمة^(٣) .

٥٨٤ - القسمة والتسجيل : ميز قانون الشهر العقاري في التسجيل بين

العتود الناقلة للملكية كالبيع والعتود الكاشفة كالقسمة . ففي العتود الناقلة للملكية لا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل . أما في العتود الكاشفة فالملكية تثبت فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلاً ، لأنه عند كاشف لا ناقل ، فلا حاجة إلى تسجيل عقد يقتصر على كشف الملكية دون أن ينقلها . ومن ثم يعتبر كل متقاسم ، في علاقته بالمتقاسمين الآخرين ، مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة غير المسجلة^(٤) .

(١) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ - مجموعة أحكام النقض د رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٢) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر د رقم ٢٢٠ ص ٧٠٠ - ١٠ أكتوبر

سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر د رقم ١٩٧ ص ١٩٣ .

(٣) وقد قسست محكمة النقض بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم

نوما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من

أما بالنسبة إلى الغير . فلا يحتاج بالقسمة عليهم إلا إذا سجلت (١) . فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها حصته في العقار شائعة . وسجل المشتري المبيع قبل أن تسجل القسمة . استلزم التمسك بالقسمة . فلا يحتاج بعقد المسجل على لاشركاء . فإذا كان العقار المبيع قد وقع في حصة شريك غير البائع ، فإن المشتري يستطيع أن يحتج عليه بعقد البيع الذي سجل قبل تسجيل عقد القسمة (٢) . أما إذا كان عقد القسمة قد سجل قبل تسجيل عقد البيع . فإن الشريك الذي وقع في نصيبه العقار يستطيع أن يحتج بعقد بقسمة على المشتري ، ومن ثم لا يعتد بالبائع الصادر لهذا المشتري (٣) .

ولكن إذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت ، فإن الغير يستطيع أن يحتج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلة . فالمشتري للحصة الشائعة في المثل الذي قدمناه ، إذا سجل عقد شرائه ، وكانت للقسمة لم تسجل ، يكون له الحق ، بالرغم من عدم تسجيل القسمة ، أن يتمسك بها في مواجهة الشركاء . فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة في حقه وفي حق سائر الشركاء (٤) .

أجزاء العقار المقسم ، وبأنه لا يحتاج بهذه الملكية المفروزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (نقض مدني ٢ أ ب يل سنة ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) . انظر أيضاً نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ - مجموعة المآتب الفنى في ٢٥ عام جزء ٢ ص ٨٨٥ . (١) ولما كانت القسمة كاشفة عن الملكية لا نافذة لها ، فإن رسوم تسجيلها أقل من رسوم العقود النافذة للملكية كالبيع .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة ع ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ - ٣٠ أكتبر سنة ١٩٥٥ - مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - وقرب نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المآتب الفنى في ٢٥ عام جزء ٢ ص ٩٨٧ - وقارن استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٥ ص ٢٣٧ .

فيكون للمشتري طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة له ، ويجوز أن يطلب إضافة قسمة جديدة ، إذا زال العقار شائعا في حقه ، وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه (إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧) .

(٣) انظر في أثر سوء النية والسواط في صحة التسجيل في العقود النافذة كالبيع وفي العقود الكاشفة كالقسمة الوسيط ٤ فقرة ٣٩٠ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧ - ٢٦٩ .

(٤) والغير هنا ، بمعنى الفنى ، هو كل من تقع حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا ، وقام بتسجيل عقده طبقا للقانون ، وذلك كالمثل الذي أوردناه في المتن . ويوجد كذلك ، إلى جانب =

الغير بمناه الفنى ، شخص أجنبى أصلاً عن عقد القسمة ، وهذا له أيضاً أن يتسكف ما اجهته الشركاء بعد القسمة وله أن يسجل . فإذا كانت هناك أرض ثمانية بين مالكين واقتسماها فاخص أحداهما بالقسم الشرق من الأرض والآخر بالقسم الغربى ولم تسجل القسمة ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرق أرضه ، وهذا الجار يعتبر أجنبياً أصلاً عن القسمة ، لم يجوز للشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الذى أخذ بالشفعة . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق للقسم الشرق ، مالكا ملكية مة : للقسم الغربى بالقسمة حتى قبل أن تسجل ، ولم يصبح مالكا للقسم الشرق الملاصق لمقار المشفوع فيه ، فلم يعد جاراً ملاصقاً حتى يصح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار - وهذا أجنبى أصلاً عن القسمة كما قلنا - أن يتسكف عليه بالقسمة غير المسجلة (انظر إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٥ هامش ١ - وقارن نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مج ٤ م ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١)

والمشترى لجزءه مة ز بعد القسمة لا يعتبر من الغير بمعناه الفنى ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة . فإذا اقتسم شريكان أرضاً ، واختص كل منهما بجزء مة ز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفروز ، فليس للمشتري لهذا النصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفروز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ : انظر نقداً لأسباب الحكم وقد اعتبرت المشتري غيراً : إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٦ كاش ٢) . ومع ذلك قضت محكمة النقض فى حكم آخر بأنه إذا كان التصرف فى الجزء المفروز لاحقاً لإجراء قسمة لم تسجل ، فإن الأم لا يخرج عن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف فى نصيبه الذى خصص له فى القسمة ، وفى هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشتري ، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بى حقه على أساس القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائماً ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفروز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثانى) أن يقع التصرف على جزء مة ز غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - فى هذه الحالة لا ينتفى المشتري حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له ، وإنما على أساس أن الشيوع ما زال قائماً رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشتري إذ سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر فى هذا الفرض من الغير ، ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ، ويكون له إذا لم ينقض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢) .

وكذلك المشتري لجزء مفروز قبل القسمة لا يعتبر من الغير ، ويحتج عليه بالقسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكون لمن اشترى جزءاً مفزراً قبل القسمة ، ولم يقع هذا الجزء المفروز فى نصيب البائع له بموجب القسمة ، أن يطلب الحكم بصفة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل ، تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفروز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) .

٥٨٥ - النتائج المترتبة على أنه الفقرة عقد مساواة بناء على الأمر

الأشرف وليست عقد مضاربة : وقد ذكرنا فيما تقدم^(١) من هذه النتائج ثلاثا : نقض القسمة للغبن وعدم استرداد المال المقسوم المتنازع فيه وضمان التعرض والاستحقاق في القسمة .

والمقارنة في كل هذا تقوم بين البيع والقسمة ، فالبيع عقد مضاربة تتغابن فيه الناس عادة . أما القسمة فعقد مساواة بين المتقاسمين وقد نظمته القانون على أساس هذه المساواة وجعله كاشفا عن الملك لا ناقلا له ، فالملك يؤول بالقسمة إلى المتقاسم بمقداره لا بأكثر ولا بأقل .

ويترتب على ذلك ، أولا ، أن الغبن الفاحش غير مسموح به في القسمة . فإن كانت قضائية ، ففي الإجراءات التي تحاط بها والضمانات التي تصحبها ما يكفل منع الغبن الفاحش . وإن كانت اتفاقية ، فقد رأينا^(٢) أنه يجوز نقض عقد القسمة للغبن إذا زاد على الخمس ، ولا يمنع نقض العقد إلا أن يرفع الغبن كله عن المتقاسم المغبون بأكمال ما نقص من حصته نقداً أو عينا (م ٨٤٥ مدني) ، وهذا كله تحقيقاً للمساواة ما بين المتقاسمين ، فإن غبن أحدهم يخل بهذه المساواة . أما البيع فالأصل فيه ألا ينقض للغبن ، فهو من عقود المضاربة كما قدمنا ، ويسمح فيه حتى بالغبن الفاحش مادام تراضى المتبايعين خالياً من العيوب . وفي حالة استثنائية في البيع ، حالة بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، يجوز رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا زاد على الخمس ، ولكن حتى في هذه الحالة يقتصر المشتري على إكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة العقار لا إلى قيمة العقار كلها . ويترتب على ذلك ، ثانياً ، أنه لا يجوز استرداد المال المفرز الذي وقع في نصيب أحد الشركاء بالقسمة إذا كان هذا المال متنازعا فيه . وهذا بخلاف البيع ، فقد نصت المادة ١/٤٦٩ مدني على أنه : إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . فالبيع عقد مضاربة ، ومن ثم يعتبر من يشترى الحق

(١) انظر آتفا فقرة ٥٨١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٥٤٥ وما بعدها .

المتنازع فيه مضارباً يتصيد شراء الحقوق المتنازع فيها بأخمس الأثمان ليكسب من وراء ذلك الشيء الكثير . فأراد القانون أن يرد عليه قصده . وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من مشتريه المضارب إذا هو رد له الثمن الحقيقي الذي دفعه لصاحب الحق مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . وليس الأمر مقصوراً على البيع ، بل يمتد إلى كل نزول عن الحق المتنازع فيه بمقابل ، مادام هذا النزول ناقلاً للملكية الحق . أما القسمة فهي كاشفة عن الحق وليست من عقود المضاربة ، ولذلك يمنع أن يسترد المتنازع في الحق هذا الحق المتنازع فيه إذا آل بالقسمة إلى أحد الشركاء . فلو أن حقا متازعا فيه وقع في نصيب أحد الشركاء مقوما بأقل من قيمته ، لم يجوز لمن عليه الحق أن يسترده من هذا الشريك ويرد له ما قوم به الحق في القسمة . وقد منع القانون استرداد الحق المتنازع فيه لو آل إلى أحد الشركاء حتى بالبيع لا بالقسمة ، فقد قضت المادة ٤٧٠ مدني بمنع الاسترداد إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر ، فيكون منع الاسترداد في القسمة أولى .

ويترتب على ذلك ، ثالثاً ، أن ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ينفرد ببعض أحكام خاصة تميزه عن ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، وسنبين ذلك فيما يلي^(١) .

(١) وهناك أحكام يشترك فيها البيع والقسمة ، لأنها تتعلق بمائل لا ترجع إلى الأثر الناقل أو الأثر الكاشف . من ذلك أن امتياز المتقاسم تسري عليه أحكام امتياز البائع فيما عدا القليل ، وأساس امتياز البائع أن البائع قد أضاف بالبيع جديداً إلى ذمة المشتري ، أما أساس امتياز المتقاسم فهو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين . ومن هذه الأحكام جواز فسخ القسمة لعدم دفع المعدل أو لعدم ثمن التصفية أو لعدم دفع التعويض في ضمان التعرض والاستحقاق . وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى عدم جواز فسخ القسمة في هذه الحالات ، ويكتفى بمطالبة المتقاسم المخل بالتزامه أن يني بهذا الالتزام ، وذلك محافظة على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ . وهذا القضاء لفظي . والأولى أن يرد الفسخ على القسمة كما يرد على البيع ، ويترك الأمور في الحكم بالفسخ إلى تقدير القاضي ، وهو الذي يقلب المصلحة الراجحة ، فيقضي بفسخ القسمة أو لا يقضي . وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ ، فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (الوسيط ١٦٨ - إسماعيل غانم ١٢٢ - حسن كيرة ١٣٩ ص ٤٧٠ - وقارن استئناف محتلف ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٧ والحكم يمنع فسخ القسمة جرياً على نهج القضاء الفرنسي) .

المطلب الثاني

ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة

٥٨٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٤ مدني على ما يأتي :

١ - يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ماقد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

٢ - غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها . وبمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه^(١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء المصري كان في مجموعه يسير على هذه الأحكام .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧٦ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٨^(٢) .

= وانظر في جواز إبطال القسمة إذا وقعت في فترة الرية تطبيقاً للمادة ٢٢٨ تجاري ، أسوة بسائر المعاولات ، قد تنوى القسمة مع البيع في ذلك : إسماعيل غانم فقرة ١٢٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٢ من المشروع التمهيدى على رجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، عدا بعض خلافاً أهمها ما ورد في الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى من أنه « لا محل للضمان إذا كان هناك شرط خاص صريح في سند القسمة يقضى بالإعفاء من الضمان .. » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١٥ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات طفيفة وحذف عبارة « في سند القسمة » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩١٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٤ - ص ١٢٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٨ (مطابق) .

ويقتضى من النص صالف الذكر أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق في المال المفرز الذي وقع في نصيبهم نتيجة للقسمة . ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوما في البيع وقائما على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشتري الملكية التي نقلها له ، فإن هذا الضمان في القسمة ، والقسمة كاشفة لا ناقلية ، يقوم على أساس آخر هو أن القسمة تقتضي المساواة التامة فيما بين المتقاسمين ، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان (١)

ويجب ، فيما لم يرد فيه نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ، أن نرجع إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين (٢)

ويجب الضمان في كل قسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، صيدية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، صريحة أو فعلية . ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة .

ونتكلم في : (١) الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة . (٢) الآثار التي تترتب على تحقق هذا الضمان .

§ ١ - الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان

٥٨٧ - شروط أربعة : يشترط لقيام الضمان توافر شروط أربعة :

= التقنين المدني العراقي م ١٠٧٦ (مطابق للفقرة الأولى من المادة ٨٤٩ مصري) .
قانون الموجبات والنفود اللبناني م ٩٤٨ : يضمن كل من الشركاء المتقاسمين أنصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقاً للأحكام الموضوعة للبيع . (ويضع القانون اللبناني أحكاماً واحدة لضمان التعرض والاستحقاق في البيع وفي القسمة) .

(١) بلانيل وريبير وبولانجي ٣ فقرة ٣١٧٥ - لذلك قد تكون بعض أحكام الضمان في القسمة أشد من نظيرتها في البيع ، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين . من ذلك جيل المتقاسمين مسئولين عن حصة المعسر منهم في القسمة ، وتقدير قيمة الشيء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، وعدم جواز الإعفاء من الضمان في عبارات عامة . وسنعرض لتفصيل ذلك فيما يلي .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، وكان هذا التقنين لا يشمل على نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة . بأن القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣)

(١) وقوع تعرض أو استحقاق . (٢) لسبب سابق على القسمة . (٣) عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه . (٤) عدم وجود شرط يعنى من الضمان .

٥/٨٨ - الشرط الأول - وقوع تعرضه أو استحقاقه : فيجب أن

يقع تعرض أو استحقاق : ولا يكفي أن تكون هناك عيوب خفية في المال المفروز الذي وقع في نصيب المتقاسم . والقانون لم يوجب في القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب في البيع . ويرجع ذلك إلى سببين : أولهما أن الأموال الشائعة إذا كانت فيها عين معينة . فلا بد من دخول هذه العين في القسمة ومن وقوعها في نصيب أحد الشركاء . فهذا لا يمكن التحرز منه . ومن ثم لا يكون هناك ضمان خاص للعيوب الخفية في القسمة . والسبب الثاني أنه يمكن في القسمة الاتفاقية مواجهة العيوب الخفية بجزاء خاص بالقسمة . وهو الجزاء الخاص بالغبن . فإذا وقعت عين معينة في نصيب أحد الشركاء ، وكان العيب بحيث يلحق بالمتقاسم غبنا يزيد على الخمس ، فإن له أن ينقض القسمة للغبن ، إلا إذا أكل ما نقص من حصته بسبب العيب . على التفصيل الذي أسلفناه في نقض القسمة للغبن .

والذي يؤخذ من نص المادة ٨٤٤ مدني سالف الذكر أن التعرض . والاستحقاق إنما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم . وهذا ما عرض له النص . أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين ، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة . وتطبيق هذه القواعد يقتضي أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض للمادى لمتقاسم آخر . فإذا كان في الأموال الشائعة متجر وقع مفروزاً في نصيب أحد المتقاسمين ، لم يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضاً مادياً للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر . فقيم متجر آخر ينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول . وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدني) . أما إذا كان تعرض المتقاسم مبني على سبب قانوني ، كأن كان في الأموال التي كانت محلاً للقسمة عين مملوكة ملكاً خاصاً لأحد المتقاسمين وليست شائعة . ف وقعت في نصيب متقاسم آخر ، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه . ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان . ذلك أن

القسمة كاشفة عن الحق لا ناقله له . والمالك للعين لم يقل ملكها القسمة للمتقاسم الآخر ، فليس عليه التزام بالضمان . وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط ، كما يجوز . بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له . أن يطالب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه بنقص القسمة بغير إذا توافرت شروطه . أو يرجع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبينه . وهذه الأحكام عيناها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت العين فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها ملكا خاصا ، فإن لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه . كما له أن يطلب إبطال القسمة للغلط . أو نقص للغبن (١) .

والتعرض الذى يقع من الغير . فيوجب ضمان الاستحقاق ، ليس هو التعرض المادى . فإن المتقاسم لا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير كما لا يضمنه البائع . وإنما يضمن المتقاسمون التعرض الصادر من الغير إذا كان مبذرا على سبب قانونى . فإذا ادعى شخص استحقاق عين وقعت فى نصيب أحد المتقاسمين ، أو ادعى عليها حقا عيذا كحق انتفاع . أو حقا شخصا كما لو استأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل . فإن ضمان الاستحقاق يقوم فى جميع هذه الأحوال . ويجب أن يقع التعرض فعلا من الغير ، فيدعى حقا ويرفع دعوى بهذا الحق (٢) على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به فى الغالب ، ليس ضروريا لوقوع التعرض فعلا . فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويحقق ذلك إذا اعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه . فيسلم له ادعائه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدينين بالضمان فى هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المتقاسم ، وعندئذ يفقد هذا الأخير

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠١ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٥ مكررة . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن المتقاسم يضمن تعرضه المبنى على سبب قانونى ، فلا يستطيع استرداد العين المملوكة له ملكا خاصا ، ولا يبنى أمامه إلا إبطال القسمة للغلط (بلانيول وريبير ومورى وفيالتمون ٤ فقرة ٢٨٦ ص ٩٣٢ بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢١٨٧)

(٢) مجرد علم المتقاسم بأن هناك خطأ للغير قد يقع تعرض سببه لا يكتفى لقيام ضمان الاستحقاق ، ولكن يجوز فى هذه الحالة للمتقاسم أن يمنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة . فيحبس ما التزم به من معدل أو الثمن الذى رساه به المزايد عليه . حتى يزول الخطر

حقه في الرجوع بالضمآن كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى إذا ملك المتقاسم الدائر بضمآن الامة حقائق العين بسبب آخر لا يرجع إلى القسمة . مثل ذلك أن يرث المتقاسم هذه العين من مالكها أو يشتريها منه ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحوذت له الحقيق ثم انتقلت ملكيتها منه إلى المتقاسم ، ومن ثم نكون العين قد استحوذت فعلا فوجب ضمان الامة حقائق .

٥٨٩ - الشرط الثاني - سبب سابق على القسمة : ويجب أيضاً ، لقيام ضمان الامة حقائق ، أن يكون الحق الذي يدعيه الغير حقا يدعى أنه موجود قبل القسمة . وهذا ما تصرح به الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدني سالفه الذكر ، إذ تقول : « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة .. » . فإذا كان سبب الامة حقائق تاليا للقسمة لا قبلها ، فلا ضمان^(١) . مثل ذلك أن تنزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة ، وذلك بعد تمام القسمة . ومثل ذلك أيضاً أن تكون العين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم في حيازة أجنبي مدة طويلة ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم . ففي هذه الحالة تظل العين مملوكة للمتقاسم ، وعليه أن يقطع التقادم . فإذا أهمل في قطعه حتى تكاثرت المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز ، فإن المتقاسم لا يرجع بضمآن الامة حقائق ، لأن سبب الامة حقائق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها ، والضمان لا يقوم إلا لسبب سابق على القسمة^(٢) كما قلنا . ومنرى فيما يلي أن هذا الفرض الذي نحن بصددده لا يقوم فيه الضمان لسبب آخر ، هو أن الامة حقائق راجع إلى خطأ المتقاسم لأنه أهمل في قطع التقادم واسترداد العين .

أما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن ضمان الامة حقائق يقوم

(١) وقد قضت محكمة النقض بالألا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان سبب سابق على القسمة ، فينتج الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجمعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦)

(٢) دمولوب ١٧ فقرة ٣٤٣ - نوران ١٠ فقرة ٤١٢ - بودري وذل في المواريث

في هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعاً لسبب سابق على القسمة . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت القسمة قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المتقاسم من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً ، ثم وقعت العين بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن المتقاسم لا يتيسر له في الشهر الباقي لتقام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم . فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذا الفرض في حكم الثابت قبل القسمة ، ومن ثم يقوم ضمان الاستحقاق^(١) .

٥٩٠ - الشرط الثالث - عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم

قوله : « وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدني سألقة الذكر : » ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه . « وقد رأينا فيما تقدم^(٢) مثلاً لاستحقاق يرجع إلى خطأ المتقاسم ، فيما إذا كانت العين التي وقعت في نصيبه في حيازة حائز لم يستكمل مدة التقادم ، وأهمل المتقاسم في قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز^(٣) .

ويكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم أيضاً ، إذا رفع عليه الغير دعوى الاستحقاق فتولى وحده الدفاع في الدعوى . دون أن يدخل المتقاسمين فيها ، وأهمل التمسك بدفع كان يؤدي إلى رفضها . فيفقد في هذا

(١) أوبر ورر ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٢٥ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٦ وهامش ٢ - انظر عكس ذلك دي باج وديك ز ٩ فقرة ١٤٢٣ ص ١٠٦٩ - وقارن بودري وقال في المواثيق ٣ فقرة ٣٩٠٧ ص ٧١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٩ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ويسقط الضمان كذلك إذا كان عليه راجعاً إلى خطأ المتقاسم . كأن أهمل في قطع التقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٨) .

الفرض حقه في الضمان^(١) . وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة في ضمان الاستحقاق في البيع ، إذ نص المادة ٣/٤٤٠ من على ما يأتي : « وإذا لم يتدخل المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصار عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فحقه في الرجوع بالسياسة إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق » . ويفقد المتقاسم حقه في الضمان حتى لو كان الدفع الذي أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم ، بأن كان حائزاً للدين وتملكها بالتقادم ، ولكنه أغفل التمسك بهذا الدفع لإطاعة لوصي ضميره . فقد كان عليه أن يدخل المتقاسمين الآخرين في الدعوى ، وكانوا هم يتولون عنه الدفع بالتقادم ، فلا يضطر أن يتمسك شخصياً بهذا الدفع^(٢) . كذلك يكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم ، إذا تولى وحده الدفاع في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير ولم يدخل المتقاسمين الآخرين ، وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلاً للدفاع أدى إلى خسارته للدعوى ، إذا أثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق في دعواه ، وذلك قياساً على المادة ٤٤١ مدني الواردة في ضمان الاستحقاق في البيع .

٥٩١ - الشرط الرابع - عدم وجود شرط يعفى من الضمان :
وتقول العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدني سالفة الذكر : « غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها... » . ويحسن أن نضع إلى جانب هذا النص النص المقابل في ضمان الاستحقاق في البيع ، لنبين أن المشرع قد توخى في القسمة أن يكون أكثر تشدداً فيما يتعلق بالإعفاء من الضمان ، فاشترط ، على خلاف البيع ، أن يكون شرط الإعفاء صريحاً ووارداً على الحالة الخاصة التي نشأ عنها الضمان . فقد نصت المادة ٤٤٥ مدني ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٣٥ - لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ - بودري وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥٥ - لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ - بودري وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ - إجماع عام فقرة ١٣٦ من ٣١٧ دال ٢ .

في البيع ، على ما يأتي ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط حدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . ٣ - ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .
ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان ، سواء في البيع أو في القسمة ، ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها ، بالزيادة أو النقص أو الإسقاط .

ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة أو بعد البيع ، واشتراط ضمان يسار المدين عند الرفاء .

ومثل الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط حدم ضمان حقوق الارتفاق في القسمة أو في البيع ، ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع أو كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق . ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشاً واشتراطوا حدم مسؤوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة اشتراط عدم المسؤولية عن الغش حتى لو كانت المسؤولية عقدية . ويفترض في حق الارتفاق أن البائع أو المتقاسمين قد اشتراطوا حدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . فيكفي إذن أن يكون المشتري أو المتقاسم عالماً بحق ارتفاق قائم على العقار ، ويكون حاضراً آتياً من طريق ظهور هذا الحق أو الإبانة عنه ، حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي ، بل يجب أن يشترط حدم الضمان ، ويكون الشرط صريحاً فيما يتعلق بالقسمة (١) .

بقي الاتفاق على إسقاط الضمان . ففي البيع يجوز للبائع إطفاء نفسه من الضمان بعبارة عامة لا يذكر فيها سبب الاستحقاق بالذات الذي يريد إطفاءه منه ، ويصح أن يكون الشرط صريحاً أو ضمناً . وإذا أراد البائع إطفاء نفسه ، لا نحسب من التعويض ، بل أيضاً من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أنه كفى بشرط ولو ضمناً إسقاط الضمان ويثبت في الوقت ذاته أن

المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى عالماً بأن البيع احتيائى وقد أقدم عليه شائطاً (١) . أما فى القسمة ، فقد تشدد المشرع كما قدمنا ، واشترط للإعفاء من الضمان أولاً أن يكون شرط الإعفاء صريحاً فلا يكتفى بالشرط الضمنى (٢) ، واشترط ثانياً أن يذكر فى شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه ، وذلك كله تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين (٣) . وليس ضرورياً أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان فى سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون فى ورقة مستقلة أو فى مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين (٤) .

(١) انظر فى ذلك الوسيط : فقرة ٣٥٩ .

(٢) ومن باب أول لا يكتفى برد العلم بسبب الاستحقاق ، إذ لم يوجد شرط صريح بالإعفاء من الضمان . وقد كان الحكم ، فى عهد التقنين المدنى السابق على خلاف ذلك ، فكان يحرم علم المتقاسم بسبب الاستحقاق يحمل رجوعه على المتقاسمين الآخرى بن مقصود أعلى قيمة ما استحق وقت القسمة ، دون الرجوع بالتعويض ، قياساً على أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذى يعلم وقت القسمة أن ما يختص به فيها مهدد بخط الاستحقاق لسبب أحيط به علماً من طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر ، لا يسوغ له فى حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة فى عقد القسمة يقابل تعيين الثمن فى عقد البيع . والمقرر فى عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدنى ، أن البائع لا يضمن الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق ، وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكاتب الفنى فى ٢٥ عاماً جرد ٢ ص ٨٨٤) .

(٣) وهذا هو أيضاً الحكم فى القانون الفرنسى ، فيشترط أن يكون شرط الإعفاء من الضمان صريحاً وخالصاً (بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٠ - فقرة ٣٤١١) .

(٤) بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٢ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٢١٨ وهامش ٢ - وقد كان المشروع انتميه لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الإعفاء من الضمان وارداً فى سند القسمة ذاته ، فحذفت لجنة المراجعة هذا الاشتراط (انظر أيضاً فقرة ٥٨٦ فى الهامش) .

وإذا ورد شرط الإعفاء من الضمان صريحاً على الوجه الذى بسطنا ، سقط الضمان ، ولكن هذا لا يمنع المتقاسم من طلب نقص القسمة للغبى إذا تفرقت شروطه (بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٣) .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على تحقق الضمان

٥٩٢ - الأحوال التي يرمع فيها المتقاسم بالتعريض عند تحقق الضمان :

إذا تعرض الغير للمتقاسم على الوجه الذي بسطناه ، فالأولى بالمتقاسم أن يدخل المتقاسمين الآخرين ضامنين في الدعوى ، وذلك على التخصيل الذي أوردناه في ضمان التعرض في البيع^(١) . ويتضح من ذلك أن المتقاسم ، كالبائع ، يرجع بالتعريض على المتقاسمين ، إذا استحققت العين التي وقعت في نصيبه^(٢) ، في إحدى الأحوال الآتية :

١ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى المتعرض .

٢ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم .

٣ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

٤ - إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها .

٥ - إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه^(٣) .

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٤٥ - فقرة ٣٥٠ .

(٢) ويسقط بالتقادم الالتزام بالضمان في القصة بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق (عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٦٥ - قارن محمد عل عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٥٣ و محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٣٣ ص ٢٤٠ ويذهبان إلى أن التقادم يسرى من وقت تمام القصة) .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥١ .

فإذا وجب للمتقاسم على المتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (أ) فإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً ، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان على النحو الذي منبذته . (ب) أو أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه على التفصيل الذي سنذكره . (ج) أو أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للتعرض شيئاً في مقابل حقه صالحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على المتقاسمين الآخرين ، إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق ، أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض . ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٥٩٣ - الفرض الأول - الاستحقاق الكلي : المفروض هنا أن العين

التي وقعت في نصيب المتقاسم الدائن بالضمان قد استحققت استحقاقاً كلياً ، بأن استطاع الأجنبي المتعرض أن يثبت ملكيته لها وأن يستردها من تحت يد المتقاسم . فعند ذلك يرجع المتقاسم ، لا بنقض القسمة كما في الغبن ، ولا بفسخها ، ولكن بالتعويض على الوجه الذي يرجع به المشتري في ضمان استحقاق المبيع ، وعلى ذلك يتكون التعويض من عنصرين أساسيين^(١) .

أولاً - قيمة العين المستحقة وقت القسمة . ويلاحظ أن المشتري في البيع يرجع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أما في القسمة فيرجع المتقاسم الدائن بالضمان كما قدمنا على المتقاسمين الآخرين بقيمة العين وقت القسمة . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدني تقول : « ويكون كل منهم (من المتقاسمين) ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » . والسبب في التمييز بين البيع والقسمة على هذا النحو واضح . فالبيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري للربح والخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع ، فإن زادت القيمة ربح وإن قلت خسر ، وطبيعة

(١) انظر م ٤٤٣ مدني في البيع .

عقد البيع تسمح بذلك . أما القسمة فقد روعي فيها المساواة التامة بين المتقاسمين ، ولذلك يتقاضى المتقاسم مستحق الضمان قيمة العين وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، فلا يعرض نفسه لا للربح ولا للخسارة ، ويتساوى مع سائر المتقاسمين وقت أن أجريت القسمة بينهم . فإذا فرضنا أن قيمة العين وقت القسمة ١٥٠٠ ، وكان عدد المتقاسمين خمسة حصصهم متساوية ومنهم المتقاسم مستحق الضمان ، تحمل هذا الأخير نصيبه في هذه القيمة وهو ٣٠٠ ، ورجع بالباقي وهو ١٢٠٠ على المتقاسمين الأربعة الآخرين فيدفع له كل منهم ٣٠٠ . فإذا أعسر واحد من الأربعة إعسارا كلياً ، تحمل المتقاسم مستحق الضمان هو والمتقاسمون الثلاثة الباقون القدر الذي يلزم المتقاسم المعسر وهو ٣٠٠ ، فيتحمل كل من هؤلاء المتقاسمين الأربعة ٧٥ . ومن ثم يرجع المتقاسم مستحق الضمان على كل من المتقاسمين الثلاثة غير المعسرين بمبلغ ٣٧٥ : ٣٠٠ نصيبه الأصلي و ٧٥ حصته في نصيب المعسر . فيتقاضى المتقاسم مستحق الضمان من الثلاثة مبلغ ١١٢٥ (3×375) ، ويتحمل هو الباقي وهو مبلغ ٣٧٥ ($1500 - 1125$) ، فيكون بذلك قد تحمل حصته في نصيب المعسر وهي ٧٥ .

ثانياً - ملحقات قيمة العين ، وهي الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت القسمة ، وقيمة الثمار التي ألزم المتقاسم مستحق الضمان بردها للمتعرض ، والمصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المتعرض وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المتقاسمون الآخرون سبئي النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ، ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المتقاسم مستحق الضمان يستطيع أن يتيقنه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى ، وبوجه عام تعويض المتقاسم مستحق الضمان مالحقه من خسارة (١) . ويلاحظ أن القسمة هنا تختلف عن البيع من وجهين : (١) أن المشتري يتقاضى من البائع ، إلى جانب مالحقه من خسارة ، مقدار ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . أما في القسمة فالمتقاسم مستحق الضمان يتقاضى مالحقه من خسارة دون ما فاته من كسب ، لأن القسمة لا يقتضي بها المضاربة كالبيع . (٢) أن المتقاسم مستحق الضمان يستنزل من الملحقات التي تقدم ذكرها نصيبه هو فيها ، ويرجع بالباقي

(١) انظر المادة ٤٤٣ مدني في ضمان الاستحقاق في البيع والريبط ، فقرة ٣٥٢ .

على المتقاسمين الآخرين ، وهذا ما تقتضيه طبيعة القسمة بخلاف التنازل ،
طبيعة البيع .

٤٩٤ - المذنب الثاني - أثر تخلف المشتري : لم يفصل المشرع في

القسمة ، كما فصل في البيع ، أحكام فيما لا يمتدحقوق ، بل اكتفى بالقول
بأن يكون كل من المتقاسمين « ملزما بنسب حصته » أن يعرض مستحق الصمان .
أما في البيع ، فيا يمتدحقوق الجزئي . فقد نصت المادة ٤٤٤ مدني على
ما يأتي : « ١ - إذا امتدح بعض المبيع ، أو وحده مثلاً بتكليف ، وكانت
خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدر ما لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن
يطالب البائع بالتعويض في المدة الباقية (المبالغ الواجب دفعها في حالة
الاستحقاق الكلي) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ - فإذا اختار
المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر المبين في
العقود السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب
الاستحقاق » . ونختار القسمة عن البيع في هذه المسألة . فإن المشتري ، في
حالة البيع ، يفتح له باب الخيار المذكور في النص ، فيرد ما بقي من المبيع
إلى البائع أو يستبقه . أما في القسمة فترى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم ،
فالمقاسمون لم ينقلوا له ملكية حتى يضمونها على الوجه المبين في النص ، هذا
إلى أن رد الباقي من العين معناه فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة وهذا أمر
غير مرغوب فيه إلا للضرورة . لذلك نرى الاقتصار . في الاستحقاق الجزئي
في القسمة ، على التعويض ، وليس للمتقاسم أن يرد ما بقي من العين .

ويتحقق الاستحقاق الجزئي بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من العين
شائع أو مفروز ، وقد يتبين أنه قد ترتب على العين حق انتفاع أو حق ارتفاق
أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مترتب لمصلحة العين وظهر بعد ذلك أنه غير
موجود ، ففي جميع هذه الأحوال يكون هناك استحقاق جزئي .

فإذا استحققت العين استحقاقاً جزئياً على الوجه المتقدم ، فإن للمتقاسم أن
يرجع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة ، ولكن لا يرجع
عليهم ، كما يرجع البائع ، بالتعويض عما فاتته من كسب . ويجب هنا أيضاً تطبيق
ما سبق أن قررناه في الاستحقاق الكلي ، من أن العبرة في تقدير العين بتقييمها

يوم القسمة : ومن أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم بقدر حصته في التعويض ، ومن أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القمار الذي يلزمه دلي مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

٥٩٥ - الفرض الثالث - رد ما أداه المتقاسم للمتعرض : تنص

المادة ٤٤٢ مدني ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق في البيع ، على أنه « إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . والمفروض هنا أن المشتري توفى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك في مقابل مبلغ من النقود أو في مقابل شيء آخر يؤديه له . فثبت القانون عندئذ للبائع نوعاً من الاسترداد يستطيع بموجبه أن يكتفي نفسه نتائج الضمان وموئنة التعويضات ، بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشتري أن يشكو ، فقد استطاع أن يستقي المبيع سالماً من الاستحقاق في مقابل أداه للمتعرض ، فإذا استرد من البائع قيمة هذا المقابل ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم ينله أي ضرر (١) . ونرى أنه يجوز تطبيق هذا الحكم ، بطريق القياس ، في ضمان الاستحقاق في القسمة . فالحكمة متحققة ، بل إن القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها عن هذا الطريق الميسر (٢) .

وحتى يكون للمتقاسمين الآخرين حق الاسترداد ، يجب أن يتفق المتقاسم مستحق الضمان مع المتعرض على تفادي استحقاق العين استحقاقاً كلياً أو جزئياً بأن يدفع المتقاسم للمتعرض مبلغاً من المال في مقابل نزول المتعرض عن ادعائه . وهذا الاتفاق يكون في الغالب صلحاً ، ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

(٢) ويمكن القول بوجه عام إن أحكام ضمان الاستحقاق في البيع هي الأحكام العامة

الواجبة التطبيق في ضمان الاستحقاق في جميع المداويزات ، ومنها القسمة ، ما لم يتعارض حكم منها مع طبيعة المقد ومترماته الخاصة .

بقية المتقاسمين استحقاقا للعين فيجب عليهم الفرجان ، وإن كانوا يستطيعون التخلص منه في مقابل أن يردوا المتقاسم مستحق الضمان المبلغ الذي دفعه للمتعرض وفوائده القانونية من يوم الدفع وكذلك مصروفات الصلح الذي تم بين المتقاسم والمتعرض . ويلاحظ هنا ، في التهمة ، أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم في ذلك ، فيستزل نصيبه في هذا المبلغ بقدر حصته . ولا يختار المتقاسمون استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجدوا أن المبلغ الذي يبرردونه للمتقاسم مستحق الضمان أقل من التعويضات التي كانوا يدفعونها بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يمكن دفعه .

وقد يكون الاتفاق الذي يتم بين المتقاسم مستحق الضمان والمتعرض صلحا لا يدفع فيه المتقاسم للمتعرض مبلغا من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض ، فيتفق معه المتقاسم على أن يكف عن إنكاره في نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين . وفي هذه الحالة لا يتخلص المتقاسمون الآخرون من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفعوا للمتقاسم مستحق الضمان قيمة حق الارتفاق الجديد الذي أنشئ على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح ، وذلك كله بعد استزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان في هذه المبالغ بنسبة حصته كما سبق القول (١) .

(١) والمفروض في استعمال المتقاسمين الآخرين لحق الاسترداد على الناحية التي قدمناه أن يكون المتقاسم مستحق الضمان قد اتفق مع المتعرض ، وتوفى باتفاقه هذا استحقاق الدين . أما إذا ترك المتقاسم المتعرض يسير في دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلي مثلا فاسترد العين من تحت يد المتقاسم ، ثم اتفق المتقاسم مع المستحق على أن يعيد إليه العين بعتد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فإن ضمان الاستحقاق يكون واجبا على المتقاسمين الآخرين ، ولا يستطيع هؤلاء أن يتوقوه بأن يدفعوا للمتقاسم مستحق الضمان الثمن الذي دفعه هذا الأخير في البيع الجديد أو قيمة العين التي قايس بها . ف ضمان الاستحقاق يترتب ذمة المتقاسمين الآخرين ، وتسرى عليه الأحكام التي سلطانها فيما تقدم . وعلاقة المتقاسم مستحق الضمان بالمتعرض بحكمها العقد الجديد الذي تم بينهما والذي به وجبه أعاد المتعرض العين للمتقاسم . وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد العامة .

الفصل الثاني

الشيوع الإجبارى

(Copropriété avec indivision forcée)

٥٩٦ - نص قانونى : تنص المادة ٨٥٠ مدنى على ما يأتى :

« ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع ^(١) ، . »

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها . ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٠٥ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨١ - وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢ ^(٢) .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الشيوع الإجبارى يختلف عن الشيوع العادى الذى بسلطان أحكامه فيما تقدم ، فى أن الشيوع الإجبارى لا يجوز لأى من الشركاء طلب للقسمة فيه . ذلك أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائماً على الشيوع . مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام ، أو طريق مشترك أو ممر مشترك لملاك متجاورين ، أو فناء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٠ (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ - ص ١٤٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٠٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨١ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢ : لا يجوز طاب القسمة إذا كان موضوع الشركة

أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المدة له .

(وأحكام القانون اللبنانى موافقة لأحكام القانون المصرى) .

مشترك يفصل ما بين ملكين متجاورين ، أو بشر مشترك ، أو مفصل مشترك ، أو ترعة مشتركة : أو مصرف مشترك^(١) . وعلى ذلك أيضاً الحائط المشترك ، والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات^(٢) .

٥٩٧ - طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجباري وأقسام هذا الشيوع :
وإذا أخذنا أحد الأمثلة التي قدمناها في الشيوع الإجباري ، الطريق المشترك بين مالكين مجاورين له . لنبحث طبيعة حق كل شريك في هذا الطريق ، كان علينا أن نختار بين أحد وضعين . الوضع الأول أن يكون نصف هذا الطريق مملوكاً ملكية مفرزة للمالك المحاور لهذا النصف ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في النصف الآخر ، وهذا النصف الآخر مملوك أيضاً ملكية مفرزة للمالك المحاور له ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في النصف الأول . والوضع الثاني أن يكون الطريق بأجمعه مملوكاً ملكية شائعة للمالكين المجاورين لكل منهما النصف في الشيوع ، ونظراً لما أعد له هذا الطريق من غرض مشترك يكون الشيوع إجبارياً ولا يجوز القسمة . وهذا الوضع الثاني ، الملكية الشائعة شيوعاً إجبارياً ، هو الوضع الصحيح^(٣) ، وتترتب عليه نتائج هامة نذكر منها :

(١) ومن أهم أحوال الشيوع الإجباري « حالة الجوار إذا كان الشيوع نتيجة تبعية لعقارات متجاورة ومتلاصقة ومملوكة لغير مالك واحد ، وكان من اللازم إنشاء طريق لها يستفيد به أصحاب العقارات في استغلالها أو تركها لي فبيع بينها بمثابة حرم لها ، بحيث تعتبر هذه الماشي والمباديخ المتروكة مخصصةاً جميعها للمنفعة الخاصة للمالكين » (فناء الجزئية ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٨ ص ٩٥) . وقرب استئناف محتلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩ .
وقاضى الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كان المال الشائع لا يمكن قسمته دون إخلال بالعرض الذي أعد له هذا المال (نقض فرنسي ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩١ - ٥ - ٤٣٥ - بلانيون واديير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٣) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ١٤١ . وما قدمناه من الشيوع الإجباري هو الشيوع الإجباري النقي ، لأن الشيء المشترك تابع للملكيات مفرزة وقد أعد لخدمتها . وهناك شيوع إجباري أصلي له شيء أصلي لا تابع مخصص لخدمة جماعة على وجه دائم ، وذلك كالمباني والمرافق التي تقام في الجبانات (أما أراضي الجبانات فهي من الأموال العامة والبناء عليها يكون بترخيص إداري) : وكذلك معار الأسمدة ووثائقها والأوسمة وما إلى ذلك (محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٨ - إسماعيل ، ألم فقرة ١٤٣ ص ٣٣١) .

(٣) استئناف محتلط ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ - نقض فرنسي ١٣ مارس -

١ - إذا فصل الطريق المشترك بين بنائين ، فلمالك كل بناء أن يفتح مطالاً مواجهها على بناء جاره . والمسافة التي يتركها هي متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار ، لا من منتصف الطريق كما ينبغي أن يكون الأمر لو أن الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور^(١).

٢ - لا يسقط حق المالك المجاور بعدم استعمال الطريق ، كما كان ينبغي أن يسقط لو أن له فقط حق ارتفاق بالمرور في النصف الثاني من الطريق^(٢).

٣ - لا يسرى على حق المالك المجاور بعض أحكام خاصة بحقوق الارتفاق وكانت تسرى لو أن حقه كان حق ملكية مفرزة مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور. ومن هذه الأحكام الخاصة التي لا تسرى ما نصت عليه المادة ١٠٢٨ مدني من أنه ١ - ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق . ٢ - ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال . ومنها أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدني من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به »^(٣).

وإذا تقرر أن الطريق المشترك ، في المثل الذي قدمناه ، شائع شيوعاً إجبارياً ، فإن هذا الشيوع الإجباري يختص بأحكام نذكر منها ما يأتي :

= سنة ١٩٣٤ سريه ١٩٣٤ - ١ - ١٤٨ - أوبري و ٢ - ٢٢١ ثاشا ص ٥٥٩ - بودري وشوفو فقرة ٢٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٢٨٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٥٦ - كولان وكايتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ١٠٤٣ - فقرة ١٠٤٤ - مازو ٢ فقرة ١٣١٦ - كاربونييه ص ٩٣ - محمد كامل مروي ٢ فقرة ١٥٣ - شفيق شحانة فقرة ١٥١ ص ١٧٥ هامش ٢ - محمد علي عرفة فقرة ٣٤٥ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٦٩ رفقة ١٧١ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٤ - حسن كيرة فقرة ١٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٣ .

(١) نقص مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عم ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ - نقص فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ٢ - ٢٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ .
(٢) نقص فرنسي ٢٥ أبريل سنة ١٨٥٥ سريه ٥٦ - ١ - ٣٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ .

(٣) انظر أيضاً ، بين الأحكام الخاصة بحق الارتفاق ومن ثم لا تسرى ، م ٢/١٠٢٠ مدني وم ٢/١٠٢٣ مدني .

١ - لا يجوز التغيير فيما أعد له الطريق من غرض إلا بموافقة جميع الشركاء . ولا يجوز لأحد منهم أن يتفرد بإدخال تعديل في الطريق يكون من شأنه أن يعطل هذا الغرض ، حتى لو كان الذي يقوم بهذا التعديل مالك له بناءً على حاقني الطريق مواجهان أحدهما للآخر وكان التعديل مقصوراً على الجزء من الطريق الذي يفصل ما بين هذين البنائين (١) .

٢ - تكون نفقات صيانة الطريق ، ليعني مؤدياً للغرض الذي أعد له ، على الشركاء ، بنسبة مصلحة كل منهم .

٣ - يجوز لأي من الشركاء أن يتحلل من التزامه العيني بالمساهمة في نفقات صيانة الطريق ، وذلك بتركه (abandon) حصته الشائعة في ملكية الطريق (٢) .

٤ - لا يجوز لأي من الشركاء أن يطالب القسمة لأن الشيوع إجباري كما قدمنا ، كما لا يجوز أن يتصرف في حصته الشائعة في الطريق مستقلة عن العقار المملوك له ملكية مفرزة (٣) .

٥٩٨ - أنواع خاصة من الشيوع الإجباري : وذلك نوعان خاصان من الشيوع الإجباري نظمهما القانون تنظيمًا منفصلاً . هما الحائظ المشترك (ويلحق به الحائظ الفاصل) (١) والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات . ويمكن أن يلحق بهذين النوعين الخاصين من الشيوع الإجباري نوع ثالث هو ملكية الأسرة ، ولكن الشيوع هنا وإن كان إجبارياً شيوع مؤقت غير دائم . ويقوم

(١) بودري وشوفور فقرة ٢٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٠٤١ المص ٨٣٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٧ .

(٣) مارتى وريبنو فقرة ٢٣٦ - كاربونييه ص ٩٢ - محمد كميل م ص ٢ فقرة ١٥٤ - شفيق شحاتة فقرة ١٥١ - محمد علي عرفة فقرة ٣٤٦ - فقرة ٣٤٨ - عبد المصم الدراي فقرة ١٧٠ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٥ - حسن كبيرة فقرة ١٧٢ - عبد المنعم فرج - فقرة ١٧٥ - فقرة ١٧٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤ .

وقد ورد في التقنين المدني العراقي عدة نصوص تنظم الحقوق الخاصة المشتركة : انظر المواد ١٠٩٣ - ١٠٩٧ من هذا التقنين .

(٤) والحائظ الفاصل ليس حائظاً مشتركاً ، بل هو ملك حائظ لصالحه . وهو إذن ليس ملكية شائعة ، ولكنها ألحقها بالحائظ المشترك لاتصال الموضوعين أحدهما بالآخر . ولا سيما ، وإن كان نكر منبهاً أحكامه الخاصة به .

على الاتفاق ما بين أفراد الأسرة . فيمكن القول إذن بأن ملكية الأسرة هي شيوع إجباري ، وإن كان شيوعا اتفاقيا مؤقتا . وتتناول بالبحث كلا من هذه الأنواع الخاصة .

الفرع الأول

الحائط المشترك (*)

(والحائط الفاصل)

(Mur mitoyen, et mur séparatif)

٥٩٩ - إثبات الاشتراك في الحائط المشترك - نص قانوني : إذا

فصل حائط ما بين بنائين ، فإن هذا الحائط قد يكون حائطا مشتركا ، وقد يكون حائطا فاصلا غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خالصة لصاحب أحد البنائين .

ويجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك . فيثبت أحد الجارين مثلا أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة ، أو أنه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة ثم كسب من هذا الجار الاشتراك في الحائط في مقابل عوض دفعه له ، أو أن الجار جعل الحائط مشتركا بينهما بغير عوض . كما يجوز للجار أن يثبت الاشتراك في الحائط بطريق التقدم المكسب ، بأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره ، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبذبا على تسامح جاره ، وبقي كذلك طول المدة اللازمة للتقدم^(١)

• مراجع Delage في المسائل التي يثيرها البناء الحديث في شأن الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - Méjassol في الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ .

(١) أما إذا أقام أحد المالكين الحائط وحده ، ولكنه جعل بعض سمكه في أرض جاره ، فإن هذا الجار يملك الجزء من الحائط المقام في أرضه بطريق الالتصاق . ولكن يبدو أن الحائط لا يكون مشتركا أ شائعا ما بين المالكين ، بل إن كلا منهما يملك الجزء من الحائط المقام في أرضه (قارن إسماعيل غانم فقه ١٤٦ ص ٣٣٩) . وإذا كان الباني للحائط حسن النية ، فإنه يجوز له أن يجبر جاره على أن ينزل له عن ملكية الجزء من أرضه المشفئة بالحائط في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) ، فيصبح الحائط في هذه الحالة ملكا خالصا للباني ، ويكون حائطا فاصلا غير مشترك .

وقد وضع القانون قرينة قانونية تيسر لإثبات الاشتراك في الحائط : فنصت المادة ٨١٧ مدني على ما يأتي : « الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقيم دليل على العكس ^(١) » . والقرينة كما نرى قابلة لإثبات العكس ، وحتى تقوم يجب توافر شرطين :

أولا - أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، بأن يكون هناك بناءان متلاصقان يفصل بينهما حائط . فإذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين ، فلا تقوم القرينة . ومن ثم لا تقوم القرينة إذا كان هناك أرضان متلاصقان للمالكين مختلفين ، وقد أقيم في الحد الفاصل بين الأرضين حائط . كذلك لا تقوم القرينة إذا كان هناك بناء مجاور لأرض فضاء أو لفناء أو لحديقة أو لأرض زراعية ، وقد أقيم حائط في الحد الفاصل بينهما ^(٢) .

ثانيا - أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه . فإذا أقيم الحائط ولم يكن هناك إلا بناء واحد ، فإن الحائط يكون جزءاً من هذا البناء وحده . وإذا أقيم بعد ذلك بناء ملاصق للبناء الأول ، فإن الحائط لا يكون مشتركا ، بل يكون حائطا فاصلا بين البنائين غير مشترك ، وهو ملك نخالص لأصاحب البناء الأول كما سبق القول ^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٥ من المشروع اتهميد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦١ - ص ٦٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، فقرينة الاشتراك في الحائط في عهد هذا التقنين قرينة قضائية لا قانونية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (فائدة قرينة قضائية) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٩١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (فائدة قرينة قضائية) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

(٣) نقض فرنسي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥١ جازيت دي باليه ١٩٥٢ - ١ - ٢٩ - بلانيول

و ريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

فإذا توافر الشرطان سالف الذكر ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة كما قدمنا لإثبات العكس . فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط ملك خالص له ، كأن يقدم سنداً على تملكه إياه ، أو كأن يثبت أنه ملك الحائط ملكاً خالصاً بالتقادم ، أو كأن يعارض القرينة بقرينة أخرى بأن يثبت مثلاً أن الحائط كله مقام على أرضه ، وملكية الأرض تشمل ما فوقها ، (م ٨٠٣ / ٢) . وإذا تعارضت القرائن رجح قاضي الموضوع بأنها يأخذ (١) .

ومنى ثبت أن الحائط مشترك ، وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر ، فإن الحائط يعتبر مشتركاً إلى الحد الذي يصل إلى قمة البناء الأقل علواً . أما الجزء من الحائط الذي يعلو فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى ، فيعتبر ملكاً خالصاً لصاحب هذا البناء . وهذا هو المعنى المقصود من المادة ٨١٧ مدني سالف الذكر عندما تقول ، عن الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين ، إنه « يعد مشتركاً حتى مفرقهما » (٢) . ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركاً ، وقد يكون غير مشترك بل ملكاً خالصاً لصاحب أحد البنائين .

(١) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٢ - ١ - ٩٠٩ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٣ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد ما أسلفناه : « والأصل أن الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتى مفرقهما ، ما لم يقيم الدليل على العكس (م ١١٨٥ من المشروع ، وهي تقابل م ٦٩ من المشروع الإيطالي وم ٦٥٣ من التقنين الإيطالي) . ويشترط ، حتى تقوم هذه القرينة شرطان : (أ) أن يكون الحائط فاصلاً بين بنائين ، فلا يكفي أن يكون فاصلاً بين أرضين ، أو بين أرض وبناء . (ب) وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه ، فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ، ثم قام بعد ذلك ببناء آخر ملاصق استتر بالحائط ، فأصبح هذا الحائط جزءاً من البناء الأول ، فإن القرينة القانونية لا تقوم ، ويعتبر الحائط في وضعه الجديد فاصلاً بين بنائين ومملوكاً ملكية خالصة لصاحب هذا البناء . فإذا توافر الشرطان المتقدمان ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك حتى مفرق البنائين . إلى أن يقيم الدليل على العكس . أما الجزء الذي يعلو المفرق . فلكيته خالصة لصاحب البناء الأعلى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤) .

المبحث الأول

أحكام الحائض المشترك

٦٠٠ - مسألتان : أحكام الحائض المشترك تتعلق بمسألتين : (١) النظام القانوني للحائض المشترك . (٢) تعلية الحائض المشترك .

المطلب الأول

النظام القانوني للحائض المشترك

٦٠١ - نص قانوني : تنص المادة ٨١٤ مدني على ما يأتي :

١ - لملك الحائض المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائض فوق طاقته .

٢ - فإذا لم يعد الحائض المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة ، فنفقة لإصلاحه أو تجديده على الشركاء . كل بنسبة حصته فيه (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن هذه الأحكام يمكن استخلاصها من القواعد العامة . وكان القضاء في عهد هذا التقنين يطبقها دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٧٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٨٧ - ١٠٨٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٢ من المشروع على وجه مطابق لما سطر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٥ في المشروع لهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٣ ، فبلس الشيخ تحت رقم ٨١٤ (مجموعة لأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥ - ص ٥٧) .

(٢) انظر استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٠ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذا النص : (١) أن لمالك الحائط المشترك استعماله بحسب الغرض الذى أهد له . (٢) فلا يجوز له فتح مناور فى هذا الحائط بدون إذن المالك الآخر . (٣) ونفقات الصيانة والإصلاح تكون على الشركاء ، كل بنسبة حصته .

٦٠٢ - استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذى أهد له :

لكل شريك فى الحائط المشترك أن يستعمله ، ويتقيد فى استعمال هذا الحق بقيدتين : (التقييد الأول) أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذى أهد له الحائط . والغرض الذى أهد له الحائط المشترك هو من جهة استئجار كل شريك به بحيث يستند إليه بناؤه ، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليستند عليها كل شريك سقف بنائه . (والتقييد الثانى) ألا يحمل الحائط فوق طاقته فى استعماله للغرض الذى أهد له ، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر للحائط على الوجه المتقدم الذكر .

- التقنين المدنى السورى م ٩٧٤ : ١ - لا يجوز لمالك حائط مشترك أن يرممه أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . ٢ - إنما يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك ، أو أن يستند إليه ، جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى المرقى م ١٠٨٧ : ١ - لكل من الشريكين فى الحائط المشترك أن يضع عليه أنشبا أو غيره بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يجاوز كل منها ما يتحمله الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيد فى ذلك بدون إذن الآخر . ٢ - وإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة .
م ١٠٨٨ : ١ - إذا وهى حائط مشترك وخيف سقوطه ، وأراد أحد الشريكين هدمه وأبى الآخر ، يجبر الآبى على الهدم . ٢ - وإذا أهدم الحائط المشترك ، وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبى الآخر ، يجبر الآبى على البناء ، ويجوز لشريكه بإذن من المحكمة أن يعيد بناءه وأن يرجع على الآبى بنصيبه من نفقات البناء . (والقانون المرقى يتفق فى مجموع هذه الأحكام مع القانون المصرى)

قانون الملكية المقاربية الليبى م ٧٠ : لا يجوز لصاحب حائط مشترك أن يرممه ، أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . بيد أنه يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك أو أن يستند إليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

فلذا أقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك ، وجب عليه أن يراعى أن للشريك الآخر هو أيضاً حق إقامة عوارض ، فلا يضيع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط ، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه . كذلك إذا أراد أى شريك وضع عوارض ، وجب عليه أن يترك فى منك قمة الحائط المسافة التى يحتاج إليها صاحبه لوضع عوارضه . وإذا وقع خلاف بين الشريكين فى استعمال حق كل منهما . جاز الالتجاء إلى القضاء ، ويعين القضاء عند الاقتضاء خبيراً .

وغنى عن البيان أنه لما كان شروع الحائط المشترك شروعا إجباريا نظراً للغرض الذى أعد له الحائط ، فإنه لا يجوز لأى من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط ، كما لا يجوز له التصرف فى حصته الشائعة فيه مستقلة عن العقار الذى يملكه . ولا يجوز لدائذه الحجز على هذه الحصة الشائعة استقلالاً .

٦٠٣ - عدم جواز فتح مناور فى الحائط المشترك : ولما كان الغرض الذى أعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور أو فتحات أخرى فيه ، لأن الحائط المشترك إنما أعد للاستتار به وهذا يتنافى مع إحداث فتحات فيه^(١) ، لذلك لا يجوز لأى شريك أن يفتح فى الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى تنفذ إلى ملك جاره دون موافقة هذا الجار . وقد ورد بهذا الحكم نص صريح فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٦٧٥) : ويمكن تطبيق الحكم دون نص فى القانون المصرى لأنه يتفق مع القاعدة التى تقضى بقصر استعمال الحائط المشترك على الغرض الذى أعد له .

وقد يفتح الجار منوراً فى الحائط الفاصل وهو ملك خالص له^(٢) ، فإذا تمكن جاره من جعل الحائط مشتركاً بالشراء أو بالتقادم أو بطلب المشاركة فى الجزء العلوى (م ٨١٦ مدنى) إذا فتح فيه المنور أو بغير ذلك من الأسباب ، فإنه يحق له عندئذ أن يطالب الجار بسد المنور^(٣) .

(١) - بولانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠٠ - ص ٣٠١ .

(٢) - أما فتح المظل فيقتضى ترك مسافة مترين من الحد الفاصل : هذا ما لم يكن الجار قد فتح المظل فى الحائط الفاصل وكسب هذا الحق بالتقادم .

(٣) - انظر فى هذا المعنى بودرى وشرفو فقرة ٩٥٨ - أوبرى ورور ٢ فقرة ٢٢٢

ص ٥٨٧ - بولانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠١ .

وإذا فتح الجار منوراً في الحائط المشترك بالرغم من عدم جواز ذلك ، وبقى المنور مفتوحاً المدة اللازمة للتقادم ، لم يجوز للجار بعد ذلك أن يطلب سد المنور . ولكن يلاحظ في هذا أن يكون ترك المنور مفتوحاً ليس راجعاً إلى تسامح الجار . وما قلناه في المنور نقوله في المثل ، إذ يجوز أن يفتح الشريك في الحائط المشترك مطلاً ، ويبقى المثل مفتوحاً لآعلى سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم ، وعند ذلك لا يجوز للشريك الآخر إجبار شريكه على سد المثل (١) .

٦٠٤ - نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد : وصيانة الحائط المشترك يتحمل نفقتها الشركاء كل بنسبة حصته . وقد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض الذي أعد له ، فيحتاج إلى إصلاح ، أو إلى هدم وإعادة بناء . ونفقات الإصلاح وتجديد الحائط كنفقات الصيانة يتحملها الشركاء ، كل بنسبة حصته .

أما إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضرورياً ليقوم الحائط بالغرض الذي أعد له . ومع ذلك قام الشريك بإصلاحه أو إعادة بنائه لمصلحته الخاصة ، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح أو التجديد (٢) . كذلك إذا كان الخلل الذي أصاب الحائط فاقضى إصلاحه أو تجديده راجعاً إلى خطأ شريك بالذات ، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح والتجديد (٣) .

ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر التزاماً عينياً (propter rem) ، فإنه يستطيع للتخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة (abandon) في الحائط (٤) . وإذا تخلى للشريك عن ملكيته الشائعة ، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذي له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانه . فإن لم يرممه ، وسقط

(١) بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٠ ص ٣٠١ .

(٢) بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١٠ ص ٣٠٠ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ٦٥ .

(٤) ولا يستطيع التخلي إذا كان هو الذي أحدث بخلطه الخلل الذى أصاب الحائط ، لأنه

يصبح هو وحده الملتزم بنفقات الترميم كما قلنا ، فلا يجوز له أن يلقى عبثاً على الشريك الآخر (محدد من ٢٤٤ فقرة ٢١٥ ص ٢١٥) .

الحائط . كانت الانتفاض وأرض الحائط ملكا للشريكين وقسمها بينهما^(١) .
على أن حق الشريك في التخلي عن الحائط على النحو الذي قدمناه بشرط فيه
ألا يكون بناء هذا الشريك مستندا إلى الحائط . وإلا فإنه سيظل منتفعا بالحائط
بالرغم من تخليه عنه . بل يجب أن يهدم البناء أولا ، ثم يتخلى عن الحائط .
ولا يكفي أن يتعهد بهدم البناء ، فإنه قبل أن يهدم البناء فعلا يظل شريكا
في الحائط ولا يستطيع التخلي عنه^(٢) .

المطلب الثاني

تعليّة الحائط المشترك

٦٠٥ - نص قانوني : تنص المادة ٨١٥ مدني على ما يأتي :

١ - للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعليّة الحائط المشترك أن يعايه ،
بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا . وعليه وحده أن ينفق على التعليّة وصيانة
الجزء المعلق . وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ من
التعليّة دون أن يفقد شيئا من متانته .

٢ - فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعليّة . فعلى من يرغب
فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته . بحيث يقع ما زاد من
تمكه في ناحيته هو بقدر الامتناع . ويظل الحائط المحدد في غير الجزء
المعلق مشتركا ، دون أن يكون للجار الذي أحدث التعليّة حق في التعويض^(٣) .

(١) أوبى ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٥٧٤ - بودر ونيو فقرة ٩٧٧ - بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٥ - ويفسر بعض الفقهاء ذلك بأن التخلي هنا لا يعني
أكثر من أن الشريك كان ينتفع بالحائط المشترك ومن ثم كان يتحمل تكاليفه . ويتردّد عن الانتفاع
بالحائط تسقط عنه التكاليف ، ولكن ملكية الحائط والأرض المقام عليها الحائط تبقى مشتركة
(كولان وكايتان ودى لاموناندير ١ فقرة ١٠٥١ ص ٨٤٦) .

(٢) نقض فني ١٦ ديسمبر سنة ١٨٦٣ دالموز ٦٤ - ١ - ٥٠٩ - بلانيول وريبير
وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٦ .

(٣) تاريخ النص : وهذا النص في المادة ١١٩٣ من المشروع اتّجه على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٦ في المشروع
النهائي . ثم وافق عليه المجلس الكهـ اب تحت رقم ٨٨٤ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٥ (مجمعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق . ولكن الأحكام الواردة فيه تتفق مع القواعد العامة (١) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٨٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧١ (٢) .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك فرضين في تعلية الحائط المشترك : فإما أن يعليه الشريك دون أن يعيد بناءه ، أو يعيد بناءه حتى يتمكن من تعالته . وفي الفرضين يبني الحائط مشتركا في غير الجزء المعلي ، أما الجزء المعلي فيكون ملكا خالصا للشريك الذي قام بتعلية الحائط .

٦٠٦ - تعلية الحائط دون إعادة بناء : قد يقتضي الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معاً ، وعند ذلك تكون نفقة التعلية عليهما ، ويبني الحائط - ويدخل في ذلك الجزء المعلي - مشتركا على ما كان . أما إذا اقتضت التعلية مصلحة جديدة لأحد الشريكين دون الآخر ، كان الشريك الذي تقتضي مصلحته التعلية يريد أن يبني طباقا جديداً فوق طبقات بنائه الموجودة فعلاً ، وكانت التعلية ممكنة دون حاجة إلى إعادة بناء الحائط ، جاز لهذا الشريك أن يقوم بتعلية الحائط بشرط ألا تضر التعلية

(١) انظر استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني م ٩٧٥ : ١ - لا يلزم أحد بالتنازل لجاره عن حقه المشترك في الحائط .
٢ - إنما إذا أراد أحد الشركاء بالشيوع علم حائط ، وذلك برضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ... (والتقنين السوري يختلف عن التقنين المصري في أنه يشترط في تعلية الحائط المشترك رضاه كل من الشريكين) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٨٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧١ : لا يلزم أحد التنازل لجاره عن حقه المشترك في الحائط .
يبد أنه إذا أراد أحد الشركاء بالشيوع علو حائط ، وذلك برخصة من الفريق الآخر ، يحق هذا للفريق ، إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة .. (القانون اللبناني ، كالتقنين السوري ، يختلف عن التقنين المصري في أنه يشترط في تعلية الحائط رضاه كل من الشريكين) .

بالشريك الآخر ضرراً جسيماً . وعلى الشريك الذى يقوم بالتعليه أن يتحمل وحده نفقاتها ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لحمل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعليه دون أن يفقد شيئاً من ماله (١) . وبعد أن تتم التعليه ، يكون عليه وحده نفقات صيانة الجزء المعلق لأن هذا الجزء يكون ملكاً خالصاً له ، بخلاف الجزء الأسفل فإنه يبقى مشتركاً بين الجارين ويتحملان معاً نفقات صيانته (٢) .

٦٠٧ - تعلية الحائط عن طريق إعادة بنائه : فإذا لم تكن التعليه ممكنة دون إعادة بناء الحائط . فللجار الذى له مصلحة جديدة فى التعليه أن يهدم الحائط ويبعد بنائه معلقاً - وبشروط هنا أيضاً . قياساً على ما اشترط فى الفرض الأول . ألا يلحق هدم الحائط وإعادة بنائه ضرراً جسيماً بالجار الآخر . فإذا كان بناء الجار الآخر معتمداً على الحائط ، ولا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء الجار أو هدم جزء كبير منه . فإن هذا يعتبر ضرراً جسيماً يلحق الجار ، ويمنع من يريد التعليه من القيام بها . وعليه فى هذه الحالة أن يترك الحائط المشترك على حاله ويبنى حائطاً آخر إلى جانبه عند الاقتضاء . ويكون هذا الحائط الآخر ملكاً خالصاً له .

أما إذا كانت إعادة بناء الحائط معلقاً لا تلحق ضرراً جسيماً بالجار . كان لمن يريد التعليه أن يهدم الحائط ويبعد بنائه . ويكون الهدم وإعادة البناء على نفقته . وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته . فعليه أن يجعل ما زاد من سمك الحائط فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة . وإلا فعليه أن يدفع لحاره تعويضاً عما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الجار .

وبعد إعادة بناء الحائط ، يظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلق حائطاً مشتركاً بين الجارين ، ولا يرجع من أعاد بناء الحائط على جاره بأى تعويض ، كأن يطالبه بالفرق فى القيمة ما بين الحائط الجديد والحائط القديم . أما الجزء

(١) وعلى ذلك يتحمل وحده من نفقات صيانة الجزء المشترك من الحائط المصروفات التى اقتضتها زيادة العبء الناشئ عن التعليه (إسماعيل غانم فقرة ١٤٨ ص ٣٤٢ - وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٤٥ ص ٣١٦) .

(٢) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأحوال التحضيرية

المعلى من الحائط الحديد فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتعليق ، وعليه وحده لفقة صيانه ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء المعلى ، إلا إذا استعمل حقه في أن يكون شريكا فيه على الوجه الذى منبئنه فيما يلى ، أو كسبه الاشتراك فيه بطريق التقادم بأن استعمله مدة خمس عشرة سنة دون أن يكون ذلك محمولا على مظنة التسامح من جاره (١) .

٦٠٨ - جواز الاشتراك فى الجزء المعلى - نص قانونى : وتنص

المادة ٨١٦ مدنى على ما يأتى :

« للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعليق أن يصبح شريكا فى الجزء المعلى ، إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة » (٢)

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع المهدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ - ص ٦٦) .

ولا مقابل النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٩٧٥ : إنما إذا أراد أحد الشركاء بالشيوع ملو حائط ، وذلك

بضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر ، إذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ، أن يكتب حق الشركة فى القسم المنشأ حديثا فى الحائط المشترك ، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة ، وأن يدفع أيضا ، إذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط .

(وأحكام التقنين السورى تتفق مع أحكام التقنين المصرى)

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٠ (موافق) .

فانه ن الملكية المقاربية اللبناني م ٧١ : ... بيد أنه إذا أراد أحد انشركاء فى الشيوع علو

حائط ، وذلك برخصة من الفريق الآخر . يحق لهذا الفريق إذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ، أن يكتب حق الشراكة فى القسم المنشأ حديثا فى الحائط المشترك ، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة ، وأن يدفع أيضا ، إذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

وقد قدمنا أن الجزء المعلق . سواء كانت التعليق دون إعادة بناء الحائط أو بإعادة بنائه . يبقى ملكا خالصا لمن قام بالتعليق ، يقوم هو بنفقات صيانته ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء دون إذنه .

ولكن يجوز للجار ، وهو شريك في الجزء الأسفل من الحائط كما قدمنا ، أن يطلب أن يكون شريكا أيضا في الجزء المعلق . فيصبح الحائط مشتركا في جميع أجزائه . وهذا الحق في الاشتراك في الحائط مقصور . في القانون المصري . على الجار الذي يكون شريكا من قبل في الجزء الأسفل ويريد الآن الاشتراك في الجزء المعلق . أما إذا كان الحائط كله ملكا خالصا لأحد الجارين ، فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الاشتراك فيه ، كما يجوز ذلك في القانون النمرسي (١) .

وعلى الجار الذي يريد أن يكون شريكا في الجزء المعلق أن يعلن رغبته في ذلك ، وليس لإعلان هذه الرغبة شكل خاص فيجوز أن يكون بإنذار على يد محضر ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل . كما يجوز أن يكون شفويا وعليه عبء إثبات ذلك . ويجب على هذا الجار . حتى يصبح شريكا في الجزء المعلق ، أن يدفع لجاره نصف ما أنفق في التعليق ، سواء المصروفات التي أنفقها في تعليق الحائط دون إعادة بنائه ، أو المصروفات التي أنفقها في إعادة بناء الحائط . ويدفع كذلك قيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة سمك الحائط ، إن كانت هناك زيادة . فإذا سلم له جاره بذلك دفع نصف النفقات على النحو السالف الذكر ، وإلا لجأ إلى القضاء .

وسواء سلم الجار أو حكم القضاء بالاشتراك في الجزء المعلق ، يجب على من طلب الاشتراك أن يسجل الاتفاق أو الحكم الصادر لصالحه تطبيقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري . ويبقى حق الاشتراك قائما ما قام سببه ، فلا يزول بالتقادم ومن ثم يجوز للجار أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلق حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التعليق .

ومنى أصبح الجزء المعلق مشتركا ، فإن الحائط كله يصبح مشتركا بين

الجارين ، فيتحملان معاً نفقات صيانته وإصلاحه وتجديده على الوجه الذى سبق أن بيناه (١) .

المبحث الثانى

أحكام الجائط الفاصل غير المشترك

٦٠٩ - نص قانونى : تنص المادة ٨١٨ ملئى على ما يأتى :

١ - ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ .

٢ - ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون علم قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذى يستر ملكه بالحائط (٢) .

ويقابل النص المادة ٥٩/٣٨ - ٦٠ من التقنين المئلى السابق (٣) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المئلى السورى لا مقابل - وفى التقنين المئلى اللبى م ٨٢٧ - وفى التقنين المئلى العراقى م ١٠٩٢ - وفى قانون الملكية العقارية اللبى لا مقابل (٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٤ - وانظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى دوعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المئلى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٩ فى المشروع للنبانى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٧ ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣ - ص ٦٦) .

(٣) التقنين المئلى السابق م ٥٩/٣٨ - ٦٠ : ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط لو نحوه على حدود ملكه ، ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التى عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه بمجرد إرادته ، إذا كان ذلك يترتب عليه حصونه غرر للجار المستر ملكه بحائطه ، ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى .

(و أحكام التقنين المئلى السابق تتفق مع أحكام التقنين المئلى الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى .

التقنين المئلى السورى لا حائط .

وننتقل هنا إلى الحائط الفاصل غير المشترك . وقد قرر القانون في شأنه أموراً ثلاثة : (١) ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط فاصل يحوط به ملكه . (٢) وليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذى يكون ملكاً خالصاً لهذا الجار . (٣) ولكن لا يجوز للجار ، دون عذر قوى ، أن يهدم الحائط الفاصل الذى يكون ملكاً خالصاً له إذا كان جاره مستترا به .

٦١٠ - ليس للجار أنه يجبر جاره على تحوط ملكه : وهذا ما نصت عليه العبارة الأولى من المادة ١/٨١٨ ملنى فيما رأينا ، وقد جاء هذا النص على خلاف ما يقضى به التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تقضى المادة ٦٦٣ من هذا التقنين بأنه يجوز للجيران ، فى المدن وضواحيها ، أن يجبروا جيرانهم على إقامة ما يحوطون به مساكنهم وأبنيتهم وحدائقهم الموجودة فى هذه المدن والضواحي . وقد رأى المشرع الفرنسى أن السكان فى المدن وضواحيها فى حاجة إلى تحوط مساكنهم وأبنيتهم وحدائقهم ، حتى يأمنوا فضول الناس وعبث العابثين ومسطو اللصوص . فأجاز للجار إجبار جاره على المساهمة فى ذلك ، وهذا ما يسمى بالتحويط الجبرى (clôture forcée) . على أن هذه القاعدة فى القانون الفرنسى ليست من النظام العام ، فيجوز للجار أن ينزل عن حقه فى إلزام جاره بذلك ، بشرط أن يكون هذا النزول صريحاً (١) . وإذا أقام أحد الملاك على نفقته حائطاً فاصلاً بينه وبين جاره ، لم يحز له أن يطلب من الجار أن يساهم فى هذه النفقات ، وإنما يجوز لهذا الأخير ، كما سنرى ، أن يطلب الاشتراك فى هذا الحائط فيكون حائطاً مشتركاً بينهما . كما يجوز للجار ، قبل أن يقيم الحائط الفاصل ، أن يجبر جاره على المساهمة معه فى إقامته كما سبق القول . ولم يرد فى التقنين المدنى المصرى ، لا السابق ولا الجديد ، نص يلزم

- التقنين المدنى الميى م ٨٢٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية البنائى لا مقابل .

(١) نفى فرنسى ٢٥ يولية سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ ١٠٠ - ٢٩ - پلانيول وريجور

ويكار ٣ فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٤ .

الجار بتحويل ملكه . بل ورد على العكس من ذلك ، في كل من التقنينين كما رأينا ، نص صريح يقضى بأنه « ليس للجار أن يجبر جاره على تحويل ملكه » . ولئن يريد تحويل ملكه أن يفعل ، دون أن يجبر جاره على المساهمة معه في ذلك . فإذا بنى حائطا فاصلا بينه وبين جاره ، بناء على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه في هذه النفقات . وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط ، وبتربيته إذا اقتضى الأمر ذلك .

٦١١ - ليس للجار أن يطلب الاشتراك في حائط جاره : وكذا

لا يجوز للجار أن يجبر جاره على المساهمة في الحائط الفاصل الذي أقامه على نفقته ، كذلك لا يجوز للجار الآخر أن يجبر الجار الذي أقام الحائط على الاشتراك معه في هذا الحائط ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أو كلها^(١) . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨١٨/١ مدني ، كما رأينا ، في هذا المعنى إنه ليس للجار أن يجبر جاره « على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط ، إلا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦ » . والحالة المذكورة في المادة ٨١٦ مدني هي ، كما رأينا ، حالة ما إذا قام الجار بتعليق الحائط المشترك على نفقته ، فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلق ويصبح الحائط كله مشتركا . ولكن يشترط في ذلك أن يكون الحائط منذ بدايته حائطا مشتركا ، وعلاه أحد الجارين على نفقته ، فحتى يتيسر إبقاء الحائط كله حائطا مشتركا حتى بعد التعليق ، أجاز المشرع المصري للجار الذي لم يقيم بالتعليق أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلق على التفصيل الذي سبق بيانه^(٢) .

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز ما أجازته المشرع المصري ، وذلك في المادة ٦٦٠ مدني فرنسي . وأجاز فوق ذلك ما لم يجزه المشرع المصري ، فقضى في المادة ٦٦١ مدني فرنسي بأنه يجوز للجار أن يطلب من جاره الاشتراك في

(١) انظر اتفاقية ٦٠٨ .

(٢) انظر اتفاقية ٦٠٨ - يضاف إلى هذه الحالة حالة ما إذا أعاد الجار بناء الحائط المشترك ، واضط أن يزايد في سلك الحائط وأن يأخذ جزءا من هذا السلك من أرض جاره ، حيث يجب أن يدفع للجار ثمن ما أخذه من أرضه (انظر اتفاقية ٦٠٧) - وانظر Pouende رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ - Poder ، رسالة من رين سنة ١٩٤٠ - Renschel رسالة من ليون سنة ١٩٤١ - Cazim رسالة من كان سنة ١٩٤٨ .

حائطه الفاصل . كله أو بعضه ، بأن يدفع له نصف قيمته أو نصف قيمة الجزء الذى يريد جعله مشتركاً ، مع نصف قيمة الأرض التى أقيم عليها الحائط . فى القانون الفرنسى إذن يجوز للجار أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلق الذى لم يشترك فى تعليته من الحائط الذى كان مشتركاً منذ البداية ، وكذلك الاشتراك فى الحائط الفاصل الذى لم يكن حائطاً مشتركاً من قبل (١) . أما فى القانون المصرى . فالأمر الأول . دون الأمر الثانى . هو الجائز (٢) .

٦١٢ - ليس لمالك الحائط الذى يستر به الجار أنه يهدم دونه

قوى : ولما كان القانون المصرى لا يعطى للجار حقاً فى أن يطلب الاشتراك فى الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكاً خالصاً كما قلنا . فإنه عوَضَ على الجار عن ذلك الحق بحق آخر . فإذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكاً خالصاً . فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالاشتراك فيه . يملك على الأقل أن يمنعه من هدم هذا الحائط الذى يستر به إذا لم يكن هناك عذر قوى لهدمه . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ ملقًى فى هذا الصدد . كما رأينا (٣) ، على ما يأتى : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى . إن كان هذا يضر الجار الذى يستر ملكه بالحائط » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « وفى هذا تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، ورد فى التفتين الحالى (السابق) . واحفظ به المشروع (٤) » .

ويجب ، حتى تتخيد سلطة المالك فى هدم حائطه ، أن يكون جاره مستراً بهذا الحائط ، فيكون ملك هذا الجار مسوراً من جهات ثلاث ، والجهة الرابعة هى التى يستر فيها بالحائط . أما إذا كان ملك الجار غير مسور إلا من جهتين أو من جهة واحدة . أو كان غير مسور أصلاً . فلا يمكن أن يقال إنه مشترك بالحائط للفاصل .

(١) انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٢ - فقرة ٣١٨ .

(٢) انظر آلفا فقرة ٦٠٨ .

(٣) انظر آلفا فقرة ٦٠٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

ثم يجب أن يكون هدم الحائط دون عذر قوى . فإذا كان لدى صاحب الحائط عذر قوى لهدمه . كأن كان يريد إعادة تشييد بنائه على وضع يختلف عن وضعه السابق وتقتضى إعادة البناء هدم الحائط . فمن حقه أن يهدمه حتى ولو كان جاره يستتر به . لأن له مصلحة ظاهرة في الهدم . ولا يمكن أن يقال في هذه الحالة إنه متعسف في استعمال حقه في هدم الحائط .

ويجب أخيراً أن يعود هدم الحائط بضرر محسوس على الجار الذى يستتر به . فإذا كان هذا الجار له أرض فضاء سورها من جهات ثلاث واستتر بحائط جاره في الجهة الرابعة ، فهدم الجار لحائطه لا يعود في هذه الحالة بضرر محسوس على صاحب الأرض الفضاء .

وظاهر مما تقدم أن منع صاحب الحائط من هدمه . إذا توافرت الشروط الثلاثة سالمة الذكر . ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات التعسف في استعمال الحق كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما قدمناه ، إذ يكون صاحب الحائط قد رمى من هدمه إلى تحقيق مصالحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها (م ٥ فقرة ب ملئى) .

وكل ما للجار من حق هو عدم هدم الحائط الذى يستتر به ، فلا يكون له أى حق في الحائط غير هذا القيد السلبي^(١) . ولذلك عد هذا الحكم ضمن القيود التى ترد على حق الملكية . ومن ثم لا يكون للجار حق ملكية مشتركة في الحائط الذى يستتر به ، إذ يبقى الحائط مملوكاً ملكاً خاصاً لصاحبه . ولا يجوز للجار استعماله في غير الاستتار به إلا بإذن المالك^(٢) . ولا يكون للجار كذلك حق ارتفاق على الحائط ، وليس التزام صاحب الحائط بعدم هدمه إلا قيماً وارداً على حقه في استعمال ملكه كما سبق القول . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكسب

(١) وإذا عدم المالك حائطه بناء على باعث قوى ، فليس لجاره أن يلزمه بإعادة بناء الحائط ليستتر به ، وكذلك لا يجبر الجار على الاشتراك في مصروفات الحائط إذا أعاد المالك بناءه (محكمة الزقازيق استثنائى ٩ أبير سنة ١٩٠٧ الجمعية الرسمية ٩ رقم ٩٠ ص ٢٠٦) .

(٢) وقد قضى بأنه يؤخذ من نص المادة ٣٨ مدنى (قديم) الأخذة من الشريعة الفراء (م ٦٩ مرشد الخيران) أنه يجوز للجار أن يستتر بحائط جاره . بدون أن يدخل فيه أبنية أو نخشاب أو غير ذلك مما يضر به (دسوق ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ١٩٤) .

الجار الاشتراك في الحائط أو حق ارتفاق عليه بسبب قانوني ، كأن يشتري هذا الحق أو أن يكسبه بالتقادم^(١) .

الفرع الثاني

ملكية الطبقات (*)

٦١٣ - السفل والعلو في التقنين المدني انساب : كان التقنين المدني السابق يعرف ملكية الطبقات في صورة السفل والعلو ، وهي الصورة التي نقلها عن الفقه الإسلامي . وتتلخص في أن يكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا لطبقة بنائه ملكية خالصة . حوائط وأرضية ومقفا ونوافذ وأبوابا ويملك صاحب السفل الأرض التي يقام عليها البناء كله . أما صاحب العلو فله حق القرار على السفل . وتبعاً لهذا التصوير كانت المادة ٥٧/٣٦ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « عل مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له . إذ أنها تعتبر ملكاً له . وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط والواح ، وعليه أيضاً إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذي لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى » . وقد استبقى التقنين المدني الجديد ملكية السفل والعلو كما كانت في التقنين المدني السابق ، ونقل من هذا التقنين النصوص الخاصة بهذا الموضوع ، وكذلك نقل عن القضاء المصري ما أقره من المبادئ في هذا الشأن^(٢) .

٦١٤ - الطبقات المفزعة والسبع والهجاري : ونقل التقنين المدني

(١) محمد عل عرفة فقرة ٣٤٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٩٥ ص ١٢٣ - إسماعيل غانم فقرة ٤٨ .

(٥) مراجع : Jalliot في بيع وتقسيم المنازل إلى طبقات وشفق الطبقة الثانية سنة ١٩٢٧ - Fourcade رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ - Poder رسالة من رن سنة ١٩٤٠ - Renschel رسالة من ليون سنة ١٩٤١ - Cazis في الملكية المقتسمة في المقارنات المقسمة إلى شقق كان سنة ١٩٤٨ - السيد علي المغازي في ملكية طقات المنازل في القانون الفرنسي وفي القانون المصري (المنفى والجديد) سنة ١٩٤٩ .

(٢) انظر المواد ٨٥٩ - ٨٦١ مدني .

الحديد أيضا عن القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يولييه سنة ١٩٣٨ تصويراً آخر للملكية الطبقات أكثر حداثة وجدة ، ويتمشى مع حالة العمارات التي تتكون من عدد كبير من الطبقات والشقق . وفي هذا التصوير تتكون العمارة من أجزاء مفرزة هي الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك مستقل بها . ومن أجزاء شائعة شيوعاً إجبارياً وهي تشتمل على هيكل العمارة بأجمعه من أرض وحوائط رئيسية وأساسات ومداخل وأفنية وأسطح وسلام وصاعد ودهاليز ، وبالحملة كل أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع . فلكية الطبقات في هذا التصوير الحديد تتكون من طبقات مفرزة وشيوع إجباري .

وقد أراد المشرع ، من وضع التصوير الحديد من الطبقات المفرزة والشيوع الإجباري إلى جانب الوضع القديم من سفل وعلو : أن يشجع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ، توقعاً لأزمة المساكن وازدياد عدد السكان . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « وقد نقل هذا التنظيم من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يولييه سنة ١٩٣٨ ، وقصد من نقله إلى تشجيع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ذات الإيراد المحدود ، فهذه لا يستطيع الفرد منها أن يملك منزلاً كاملاً ، ويؤثر على الاشتراك مع غيره في الشيوع أن يستقل بملكية طبقة من طبقات المنزل . فإذا وضع نظام لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه ، كان في هذا طريق لحسم المنازعات التي تنشأ من هذه الملكية ، وسبب لتيسيرها وانتشارها » (١) .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٠ - وانظر حكماً للحكمة الاستئناف المختلطة يبرز للفرق بين ملكية العلو والسفل وملكية الطبقات : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٨٩ . وانظر في الفقه المصرى إلى التمييز بين ملكية العلو والسفل وبين ملكية الطبقات : إسماعيل هاشم فقرة ١٤٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٠ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ - السيد على المغازى في ملكية طبقات المنازل سنة ١٩٤٩ فقرة ٤٨ ص ٩١ - ص ٩٤ - وانظر في ملحق التفسير ما بين للتوحيين مع أنهما من مصدرين مختلفين : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٦٥ - محمد على عرفة فقرة ٣٥٩ وما بعدها - عبد المنعم هبدر أو فقرة ١٧٦ ص ٢١٢ وقرة ١٨٤ - - من كبيرة فقرة ١٨٤ وما بعدها - عبد المنعم فرج للمدة فقرة ١٨٥ - فقرة ١٨٦ .

تبحث في ملكية الطبقات : (أولا) نظام السفلى والعلو ، كما نقله التقنين المدني الجديد عن التقنين المدني السابق والقضاء المصري والشريعة الإسلامية .
(ثانيا) نظام الطبقات المفروزة والشيوخ الإجبارى . كما نقله التقنين المدني الجديد عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ .

المبحث الأول

السفل والعلو

٦١٥ - تنافس أهمية هذا النوع من ملكية الطبقات : كان نظام السفلى والعلو هو النظام السائد فى ملكية الطبقات فى عهد التقنين المدني السابق . وقد أخذت أهميته تتناقص بانتشار العمارات الكبيرة ، التى يتلاءم معها نظام الطبقات المفروزة والشيوخ الإجبارى . على أن نظام السفلى والعلو لا يزال موجودا من مخلفات العهد القديم ، وقد نظمته التقنين المدني السابق كما قدمنا ، وعن هذا التقنين استمد التقنين المدني الجديد النصوص الواردة فى هذا الشأن (١) .

فإذا اقتصرنا هنا على هذا النظام ، دون خلط بينه وبين نظام الطبقات المفروزة والشيوخ الإجبارى الذى سيأتى بيانه فيما يلى ، لزم أن نبين التزامات صاحب السفلى ، ثم التزامات صاحب العلو . وتنفرع كل هذه الالتزامات من حق القرار الثابت للعلو على السفلى .

§ ١ - التزامات صاحب السفلى

٦١٦ - التزاماته : يلتزم صاحب السفلى بما يأتى : (أولا) أن يقوم بالأعمال والتمهيمات اللازمة لمنع سقوط العلو . (ثانيا) أن يعيد بناء السفلى إذا تهدم .

(١) وقد اشتملت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على خلط واضح بين نظام السفلى والعلو ونظام الطبقات المفروزة والشيوخ الإجبارى (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩ - ١٠ ص ١٠٧ - وانظر فى انتقاد ذلك إسماعيل غانم فقرة ١٤٩ ص ٢٤٧ هامش ١) .

٦١٧ - الالتزام الأول - القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع

سقوط العلو - نص قانوني : تنص المادة ٨٥٩ مدني على ما يأتي :

١ - على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو .

٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل . ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة ، (١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٩ مكررة من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمر النواب تحت رقم ٩٢٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٣ - ١٦٤) .

وبقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٥/٣٤ : يجب على مالك الأسفل من طبقات الأماكن إجراء الأشغال والممارات اللازمة لمنع سقوط العلو الملوك لغيره . فإذا امتنع من إجراء الممارات المقتضية لحفظ العلو المذكور ، جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه في المكان . وعلى كل حال فللقاضي المعين لسواد الجزئية أن يأمر بإجراء الممارات الضرورية (وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٨٢ : إذا كان لأحد علو وآخر سفل ، فلصاحب العلو حق

القرار في السفل ، والسقف ملك لصاحب السفل . ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انتفاعاً معناداً ، ولصاحب السفل حق في العلو بستره من الشمس ويقيه من المطر .

م ١٠٨٣ : إذا كان باب السفل والعلو واحداً ، فلكل من صاحبهما استعماله استعمالاً مشتركاً ، فلا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخولاً وخروجاً .

م ١٠٨٥ : ١ - إذا أودم السفل أو احتاج إلى ترميم ، فعل صاحبه بناؤه أو ترميمه ، فإن امتنع ، وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة ، فله الرجوع عليه بما أنفق على المارة بالقدر المعروف . وإن عمره بلا إذن ، فلسم له الرجوع إلا بالأقل من قيمتي البناء وقت المارة أو وقت الرجوع . ٢ - ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن المحكمة ويستخلص حقه من أجرته .

(وفي التقنين العراقي أحكام تفصيلية في السفل والعلو مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي)

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وقد قدمنا أن في نظام السفلى والعلو ، يملك السفلى صاحبه مفرزاً ويدخل في ذلك الأرض المقام عليها البناء كله ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ، ويدخل في ذلك أيضاً الأساطير والجدران الرئيسية والسقف ، فلا شيء من ذلك يعتبر شائعاً شيوعاً إجبارياً بينه وبين صاحب السفل كما يكون الأمر في نظام الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى الذى سيأتى بيانه . ويملك العلو صاحبه مفرزاً أيضاً على النحو الذى يملك به السفلى صاحبه فيما قدمناه ، فيدخل في ذلك الجدران الرئيسية والسقف والأرضية . وكل ما يصل العلو بالسفل هو أن للعلو حق القرار على السفلى ، وحق القرار هذا هو الذى تستمد منه التزامات صاحب السفلى نحو صاحب العلو .

وأول التزام يستمد من حق القرار هذا هو أن يقوم صاحب السفلى بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو (م ٨٥٩ / ١ مدنى) . وترتيباً على ذلك يكون على مالك السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، إذ أنها تعتبر ملكاً له (م ٥٧ / ٣٦ مدنى سابق) ، وذلك منعاً لسقوط السقف فيسقط معه العلو . ولا يقتصر الأمر على صيانة السقف وترميمه ، بل يجب على صاحب السفلى أيضاً صيانة جدران السفلى وترميمها عند الاقتضاء ، وبالحملة صيانة جميع أجزاء السفلى المملوكة له ملكية مفرزة وترميمها ، وذلك لمصلحة العلو واحتفاظاً له بحق القرار على السفلى (١) . ولكنه لا يلتزم إلا بترميم سفله ، فلا يلتزم بإجراء ترميمات في العلو نفسه لمنع سقوطه (٢) .

فإذا قصر صاحب السفلى في القيام بالتزامه بحيث يترتب على تقصيره تهديد سلامة العلو ، جاز لصاحب العلو أن يلجأ إلى القضاء ليلزم صاحب السفلى أن يقوم بالأعمال الضرورية في سفله لمنع العلو من السقوط . ويجوز الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة في ذلك ، إذا كان إجراء الترميمات أمراً عاجلاً . ويجوز في جميع الأحوال أن يستأذن صاحب العلو القضاء في أن يقوم هو بالترميمات الضرورية في السفلى ، على أن يرجع بما أنفق في ذلك

(١) وإذا تعدد ملاك السفلى ، كانوا مسئولين بالتضامن عن هذا الالتزام (سندات مختلفه

نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٤ . وتكلم المحكمة عن التضامن لا التضام) .

(٢) مصر الكلية الوطنية ٢٦ ، أيار سنة ١٩٣١ المحللة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥ .

على صاحب السفلى^(١) . ويجوز لصاحب العلو ، لاسترداد ما أنفقته من مصروفات وقياساً على ما سيجيء في المادة ٢/٨٦٠ مدني ، أن يجبس السفلى في يده إذا كان قد تسلمه لترميمه ، وأن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته . ويجوز لصاحب العلو أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى أو سكنائه ، استيفاء لحقه . وليس في هذا كله إلا تطبيق للقواعد العامة .

ويجوز لصاحب العلو ، بدلاً مما تقدم ، أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفلى لمن يشتريه ويرممه ، فيمنع بذلك سقوط العلو . والقاضى يجب صاحب العلو إلى ما يطلب من ذلك ، إذا وجد مبرراً لإجابة الطلب . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٥٩ مدني في صدرها صراحة على ذلك ، إذ تقول : « فإذا امتنع (صاحب السفلى) عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفلى » .

ويلاحظ أن التزام صاحب السفلى بترميم سفاه منعا لسقوط العلو التزام عيني ، فيستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن ملكية السفلى^(٢) .

٦١٨ - الالتزام الثاني - إعادة بناء السفلى إذا تهدم - نص قانوني :

تنص المادة ٨٦٠ مدني على ما يأتي :

١ - إذا تهدم البناء ، وجب على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله .

فإذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفلى ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه .

٢ - وفي الحالة الأخيرة ، يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى

من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته . ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى أو سكنائه ، استيفاء لحقه ،^(٣) .

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ ص ١٥ - محمد حل

عرفة فقرة ٣٦٠ ص ٤٨٢ - ص ٤٨٤ .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما صاحب السفلى

فعليه أن يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ، وهذا التزام إيجابي يستطيع التخلص منه بالتخلي عن ملكية السفلى كما هي القاعدة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ مكررة ثانياً من المشروع التمهيدى -

ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلو أو بغير خطأه فإن كان بخطأه . رجع صاحب السفلى عليه بالتعويض الواجب ، ولم يكن ملزماً بإعادة بناء السفلى . ولكنه إذا أعاد بناءه فعلاً . رجع لصاحب العلو حقه في القرار على السفلى بعد أن يكون قد دفع التعويض لصاحب السفلى . ومن ثم يجوز له أن يبني علوه من جديد مستقراً على السفلى .

وإن كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو . سواء كان الانهدام بخطأ صاحب السفلى أو بغير خطأه ، فإن على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله ، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه . فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقراً على السفلى ، بعد أن أعاد صاحبه بناءه على ما قدمنا . ثم إذا كان هدم البناء بخطأ

= على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى وفي استيفاء حقه من الأجرة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٣١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٩ ، وذلك بعد أن استبدلت لجنة الشؤون التشريعية عبارة « أو سكناء استيفاء حقه » بعبارة « وفي استيفاء حقه من الأجرة » . ووافق على النص ممداً على هذا النحو مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٥ - ص ١٦٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٨/٢٧ ، وكانت تجوز على الوجه الآتي : « إذا سقط البناء ، يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته ، والإجاز بيع ملكه بالحكمة » . (والنص في مجموعه يتفق مع نص التقنين المدني الجديد) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٨٤ : إذا هدم صاحب السفلى سفله تعديلاً يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك .

م ١٠٨٥ : ١ - إذا انهدم السفلى أو احتاج إلى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه . فإن امتنع ، وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة ، فله الرجوع عليه بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف . وإن عمره بلا إذن ، فليس له الرجوع إلا بالأقل من قبض البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع . ٢ - ولصاحب العلو أن يمنع في الحاليتين صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن المحكمة ويستخلص حقه من أجرته . (والتقنين العراقي يردد أحكام الفقه الإسلامي ، ونصوصه في مجموعها تتفق مع نص م التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

صاحب السفلى ، وجب على هذا الأخير تعويض صاحب العلو عن الضرر
الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه .

والمفروض طبعاً أن البناء يكون قد وقع بعاوه وسفله ، بأن يكون السفلى
قد انهدم فترتب على انهدامه انهدام العلو . أما إذا انهدم العلو وحده ،
فلا شأن لصاحب السفلى في انهدام العلو ، ويرجع صاحب العلو على من يكون
قد تسبب في الانهدام .

وإذا كان السفل آيلاً للسقوط دون أن ينهدم ، فلصاحب العلو أن يستصدر
من السلطة الإدارية المختصة أمراً بهدم السفلى ، ثم يطالب بإعادة بنائه على الوجه
الذى قدمناه (١) .

وإذا امتنع صاحب السفلى عن إعادة بنائه في الأحوال التي يجب عليه
فيها ذلك ، جاز لصاحب العلو إجباره على إعادة البناء ، ويكون ذلك بأن
يختار صاحب العلو أحد أمرين . فلما أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفلى
على صاحبه ، ويكون ثمنه من حق صاحب السفلى ، وعلى المشتري أن يعيد
هو بناء السفلى فإنه لم يشتره وهو منهدم إلا على هذا الشرط (٢) . أو أن يطلب
صاحب العلو من القاضى أن يأذن له في أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة
صاحبه . فإذا أعاد بناءه ، رجع بما أنفق على صاحب السفلى ، ويكون له
ضماناً لاستيفاء حقه أن يجلس السفلى في يده ، بل يجوز له أيضاً أن يحصل على
إذن القاضى في إيجار السفلى أو سكنائه بأجر المثل استيفاء لحقه (٣) .

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٦١ ص ٤٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ١٦٣ ص ٢٧١ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون المشتري هو صاحب العلو نفسه ، وعند ذلك يبنى
للسفل والعلو ويكون مالكاً لها معاً . ولكنه في هذه الحالة لا يجبر على البناء ، فله أن يبنى السفلى
دون العلو ، وله ألا يبنى أيّاً منهما ، فهذا حقه .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « بل إن المشروع
سار شوطاً أبعد في الأخذ بالشريعة الإسلامية في هذه المسألة الهامة ، فالزم صاحب السفلى ، إذا
انهدم سفله ، أن يعيد بناءه ، وإلا بيع السفلى . ويجوز لصاحب العلو أن يعيد بناء السفلى على
نفقة صاحبه ، وله أن يمنع صاحب السفلى من سكنائه والانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن
يجزئه بإذن القاضى ويستخلص حقه من أجرته . . . م ٦٧ مرشد الحيران » (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٨) .

وقد قضى في عهد التقنين المدنى السابق بأنه إذا امتنع مالك السفلى أن يعيد بناءه ،
جاز للمحكمة بحسب الظروف إما أن تحكم ببيع ملكه (م ٣٧ مدنى قديم) ، أو أن تأذن للمالك
للعلو ببناء السفلى على نفقة مالك السفلى (م ١١٧ مدنى قديم) . وعلى أ حال لا يجوز للمحكم على
مالك السفلى بدفع تعويض (استئناف وطنى ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ -

٢٥ - التزامات صاحب العلو

- ٦١٩ - نص قانوني :** تنص المادة ٨٦١ مدني على ما يأتي :
- « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل »^(١).
- وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٦/٣٥^(٢) .
- وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٦٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٨٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل^(٣) .

(ص ١٥) . وقضى أيضاً بأن مالك العلو له الحق في حالة سقوط بناء السفل وتجديده ، أن يطب إبقاء ارتفاع البناء الجديد كما كان قبل السقوط إذا كانت له مصلحة في ذلك (استئناف وطني ٧ أبريل سنة ١٩١٤ شرائع ١ رقم ٣٠٨ ص ١٦٠) . وقضى أيضاً بأنه إذا سقط العلو ، وكانت حوائط السفل بحالة يمكن معها تحمل إعادة بناء العلو ، إلا أن مصلحة التنظيم منعت صاحب العلو من إقامة علوه مراعاة لخط التنظيم ، ورفعت دعوى على صاحب السفل تطالبه بإزالة السفل ، ولكن المحكمة قضت لمصلحة صاحب السفل لأن سفله كان بحالة جيدة ، فليس لصاحب العلو أن يلزم صاحب السفل بهدم سفله وإعادة بنائه على خط التنظيم ليتمكن هو من إعادة بناء علوه (استئناف وطني ٢٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٤ ص ٩١) . وقضى بأن قصد الشارع من تكليف صاحب السفل بتجديد بنائه هو جعل ذلك البناء صالحاً لحمل العلو بالحالة التي كان عليها قبل السقوط ، دون تغيير أو زيادة فيها . فلا يجوز لصاحب ركوب مكون من دور أن يطلب من صاحب السفل أن يجدد له بناء يرفع على تحمل ثلاث أو أربع طبقات (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٥ ص ٢١٢) . وقضت محكمة مصر مع ذلك بأنه لا يلزم صاحب السفل بإصلاح سفله ليتمكن صاحب العلو من البناء عليه أو ترميم مبانيه ، وإنما يجوز بيع السفل جبراً على صاحبه (مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧ - ص ١٦٨) .

(٢) التقنين المدني السابق : ٥٦ / ٣٥ : لا يجوز لصاحب العلو من الأماكن أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالبناء الأسفل . (والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٥ (مطابق) .

٦٢٠ - عزم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل :
والالتزام الأساسى الذى يقع على عاتق صاحب العلو هو أنه . لما كان له حق
القرار على السفلى . لا يجوز أن يزيد فى عبء هذا الحق .

ويترتب على ذلك ، أولاً . أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يبنى طابقاً
فوق علوه إذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفلى . ولما كان العلو مملوكاً ملكية
مفرزة لصاحبه كما قدمنا ، فيملك هذا الحيطان الرئيسية والسقف والسطح
وغير ذلك من أجزاء العلو ، فإنه يحق له أن يبنى فوق سطحه طابقاً جديداً
بالعلو الذى يختاره مع مراعاة أمرين : (١) أن يكون العبء من بناء الطابق
الجديد لا يضر بالسفل وأن تتحمل أساسات البناء كما سبق القول : (٢) ألا يكون
فى بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه .

ويترتب على ذلك ، ثانياً ، أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع
علوه - دون أن يبنى طابقاً جديداً - إذا كانت الزيادة فى الارتفاع تضر
بالسفل . فإن لم تكن تضر به ، وتتحملها أساسات البناء ، وتتفق مع لوائح
البناء ونظمه ، جاز له ذلك .

وليس له بوجه عام أن يأتى بأى عمل يكون من شأنه أن يزيد فى عبء
العلو (م ٦٨ من مرشد الحيران) .

ويجب ، فوق ذلك ، على صاحب العلو صيانة أرضية علوه من بلاط
وألواح ، حتى لا يتأثر سقف السفلى من الإهمال فى هذه الصيانة . وكانت المادة
٥٧/٣٦ من التقنين المدنى السابق ، كما رأينا (١) ، تنص صراحة على ذلك إذ
تقول : « ... وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ،
وعليه أيضاً إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به

التقنين المدنى المرقى م ١٠٨٦ : ١ - لا يجوز لذى العلوان يبنى بناء جديداً ، ولا أن يزيد
فى ارتفاعه ، بغير إذن صاحب السفلى ، إلا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل فله أن يقوم به بغير
إذن . ٢ - ولا يجوز لذى السفلى أن يحدث فيه ما يضر بالعلو ، وإذا أهدم السفلى وأعاد
صاحبه ، جاز له أن يزيد فى ارتفاعه بما لا يضر صاحب العلو ، مع مراعاة التوازن الخاصة
بالبناء . (وهذه الأحكام تتفق فى - معاً مع أحكام التقنين المصرى) .
قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

صاحب الطبقة السفلى . أما صيانة قاعدة أرضية العلو ، وهي سقف السفلى ، فعلى صاحب المنزل . وتنص على ذلك صراحة نفس المادة ٥٧/٣٦ ، كما رأينا^(١) . إذ تقول : « على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له . إذ أنها تعتبر ملكا له »^(٢) .

المبحث الثاني

الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى

٦٢١ — مسأله : فى التصوير الحديد لملكبة الطبقات ، وهو التصوير الذى نقله التقنين المدنى عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، قدمنا^(٣) أن البناء يتكون من أجزاء مفرزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك يستقل بها . ومن أجزاء شائعة شيوعا إجباريا وهى كل أجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع .
فنبحث : (أولا) الأجزاء المفرزة والأجزاء الشائعة . (ثانيا) إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق اتحاد ملاك الطبقات .

المطلب الأول

الأجزاء المفرزة والأجزاء الشائعة

٦٢٢ — نص قانونى : تنص المادة ٨٥٦ مدنى على ما يأتى :
١ - إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة . فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكبة أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع . وبوجه خاص الأسامات والحدران الرئيسية والمداخل والأفنية والمسطح والمصاعد والمدرجات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع

(١) انظر أيضا فقرة ٦١٣ .

(٢) انظر أيضا فقرة ٦١٧ .

(٣) انظر أيضا فقرة ٦١٤ .

الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد في مستندات الملك ما يخالفه .

٢ - وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه .

٣ - والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، إذ كان هذا التقنين لا يعرف إلا نظام السفلى والعلو .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى للسورى م ٨١١ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٦٠ - وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (٢) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن فى الدار المملوكة الطبقات أو الشقق لملاك مختلفين أجزاء مفرزة كل جزء منها يملكه أحد هؤلاء الملاك مستقلا ، وأجزاء شائعة شيوعا دائما بين هؤلاء الملاك جميعا .

٦٢٣ - الأجزاء المفرزة : والأجزاء المفرزة فى البناء متعدد الطبقات هى عادة الطبقات والشقق التى ينقسم إليها البناء ، فكل طبقة أو شقة فى البناء تكون مملوكة ملكية مستقلة لأحد الأشخاص . وتشمل الطبقة أو الشقة كل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع ورود لفظ « السلم » ضمن الأجزاء المشتركة فى المشروع التمهيدى . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٧ فى المشروع النهائى ، وحذف لفظ « السلم » دون سبب ظاهر . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٢٥ فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٥ - ص ١٥٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى الدورى م ٨١١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ها محتوية مما هو معد للاستعمال الخاص بالمالك ، فتشمل ما يوجد داخل الطبقة أو الشقة من حوزة فاصلة بين الحجرات . وما يوجد فيها من أثاث المأوى والغاز وأسلاك الكهرباء والأدوات الصلبة وغيرها من الأدوات المثبتة ، وكذلك الباب الخارجى والأبواب الأخرى والنفوذ والتسرفات . أما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف . فهذه كلها من الأجزاء الشائعة كما سئرى ، ولكن البلاط والأخشاب التى تكسو الأرضية والسقف والجدران هى ملك خالص لمالك الطبقة أو الشقة .

ولمالك الطبقة أو الشقة ما للملاك من حقوق . فله أن يستعمل طبقته أو شقته . فيسكنها بنفسه أو يسكنها أحدا من ذويه . وله أن يستغلها ، فيؤجرها لغيره . وله أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرفات . وله أن يشارك فيها غيره على الشيوع فتكون مملوكة على الشيوع لشخصين أو أكثر ، وذلك ما لم يتفق الملاك على منع التجزئة ، فيكون لكل طبقة أو شقة مالك واحد منعا من تكاثر الملاك وانخفاض قيمة الدار تبعا لذلك .

ويجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حق ملكه فيضر بجيرانه - وهم هنا من ألصق الجيران إذ هم الساكنون معه فى نفس الدار - ضرراً غير مألوف . وعلى ذلك لا يجوز له أن يقوم بأى عمل فى الطبقة أو شقة يكون من شأنه أن يوهن البناء أو يضعف من متانته . وعليه أن يقوم بصيانة ما يكسو أرضية طبقته أو شقته وسقفها من بلاط وأخشاب ، حتى لا تتأثر قواعد الأرضيات والسقوف وهى ملك شائع من التقصير والإهمال فى الصيانة .

٦٢٤ - الأجزاء الشائعة : وتعتبر أجزاء شائعة ، طبقا لنص المادة ١/٨٥٦ مدنى . « أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع » . فيدخل إذن ضمن الأجزاء الشائعة ما ذكرته المادة ١/٨٥٦ مدنى ، لاعلى سبيل الحصر . من أرض أقيم عليها البناء ، ومن أساسات وجدران رئيسية ومداخل وأفنية وأسطح ومصاعد وممرات ودهاليز . وقواعد الأرضيات والأسقف ، وأثاث المأوى والغاز وأسلاك الكهرباء إلا ما كان من ذلك داخل الطبقة أو

الشقة كما رأينا (١). وقد أغفل نص المادة ١/٨٥٦ مدني ذكر السلم بين الأجزاء الشائعة ، مع أنه كان وارداً في المشروع التمهيدى للنص (٢). والظاهر أن هذا الإغفال جاء سهواً لا قصداً ، فيدخل السلم أيضاً بين الأجزاء الشائعة إذ هو من أهم هذه الأجزاء ، وقد قدمنا أن تعداد النص للأجزاء الشائعة لم ينجح على سبيل الحصر (٣). ويدخل أيضاً ضمن الأجزاء الشائعة ، غير السلم مما هو ليس مذكوراً في النص ، غرفة البواب ومحل سكنه . والحديقة أو الحدائق المشتركة ، وأعلى المداخل . وبالجملية كل ما كان معداً للاستعمال المشترك بين الجميع .

على أن الأصل أن تحدد سندات الملك الأجزاء الشائعة والأجزاء المفروزة في البناء . وتشتمل على تقدير لقيمة الأجزاء المفروزة للاستعانة بها عند توزيع النفقات والتكاليف على الملاك المتعدين . وعند تحديد حصة كل مالك في الأجزاء الشائعة . فيجوز أن يذكر الملاك في سندات الملك أجزاء أخرى غير التي ذكرها القانون على أنها أجزاء شائعة ، كما يجوز أن يستبعدوا من الشيوع ما ذكر القانون أنه شائع . فالعبرة أولاً بسندات الملك ، وبجىء بعد ذلك ما نص عليه القانون .

وقد أضافت الفقرة ٣ من المادة ٨٥٦ مدني ، كما رأينا (٤) . أن « الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » ، فهي إذن لا تكون شائعة بين الجميع . ويقاس على ذلك ما كان خاصاً ببعض الشقق دون بعض ، كباب أو دهليز خاص بشقتين دون غيرها من الشقق .

٦٢٥ — مفروض الملك في الأجزاء الشائعة — نص قانوني : والأجزاء

المشتركة التي تقدم بيانها تعتبر مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق . والشيوع هنا إجباري دائم لا يقبل القسمة ، وحصة كل مالك في هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفروز الذي له في الدار . وليس له أن يتصرف في هذه

(١) انظر اتفاقية ٦٢٣ .

(٢) انظر اتفاقية ٦٢٢ ص ١٠١٨ غامش .

(٣) قارن محمد على عرفة فقرة ٣٥٥ ص ٤٢٥ .

(٤) انظر اتفاقية ٦٢٢ .

الحصة تصرفاً مستقلاً عن التصرف في الجزء المفروز الذي يملكه ، إذ أن الحصة في الأجزاء الشائعة تابعة تبعية ، مطلقة للجزء المفروز الذي يملكه المالك . وقد أعدت إعداداً كاملاً للخدمة لهذا الجزء . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ مدني ، كما رأينا (١) . « وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار . وليس لماك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلاً عن الجزء الذي يملكه » .

والعبرة في تقدير قيمة الجزء المفروز الذي يملكه المالك - وهذه القيمة تحدد حصته في الأجزاء الشائعة كما رأينا وكذلك نصيبه في التكاليف المشتركة كما سنرى (٢) - بوقت إنشاء الدار ، وتذكر عادة هذه القيمة في سند التملك ومن ثم لا تتغير القيمة بما يمضي من الزمن من وقت إنشاء الدار . وما يستتبع ذلك من استهلاك البناء . ولا تتغير بالتغيرات الخارجية كإنشاء شارع أمام جانب من جوانب الدار أو إلغاء حديقة كانت أمام جانب آخر ، أو بالتغيرات الداخلية كتجهين المالك لشقته أو لطبقة من الداخل . بل تبقى القيمة ثابتة كما كانت وقت إنشاء الدار كما قدمنا (٣) .

أما فيما يتعلق باستعمال كل مالك للأجزاء الشائعة في سبيل الانتفاع بالجزء المفروز الذي يملكه ، فتتضمن المادة ٨٥٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - كل مالك . في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار . حر في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له . على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم » .

« ٢ - ولا يجوز إحداث أى تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء ، إلا إذا كان التعديل الذي يقوم به أحد

(١) انظر آتفا فقرة ٦٢٢ .

(٢) انظر مايل فقرة ٦٢٦ .

(٣) انظر في الخلاف في هذه المسألة إسماعيل غام فقرة ١٥٣ - وانظر في الاعتداد بالتغيرات الخارجية دون الداخلية السيد علي المغازي فقرة ١٨ ص ٣٤ وفقرة ٣٢ ص ٦٤ - ص ٦٥ - عبد المسم البدراوي فقرة ١٧٧ ص ٢١٤ وفقرة ١٨١ ص ٢١٧ - وانظر في الاعتداد بالتغيرات الخارجية والداخلية معاً محمد علي عرفة فقرة ٣٥٧ ص ٤٧٩ - ص ٤٨٠ - وانظر في عدم الاعتداد بأية تغييرات خارجية كانت أو داخلية إسماعيل غام فقرة ١٥٣ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧ .

لملاك على نفقته الخاصة من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء ، دون أن يغير من تخصيصها ، أو يباحق الضرر بالملاك الآخرين^(١) .

ويتبين من هذا النص أن كل مالك من ملاك الطبقات والشقق له أن يستعمل الأجزاء الشائعة فيما خصصت له ، وعلى الوجه الذى لا يضر بالدار ، ولا يحول دون استعمال باقى الملاك لهذه الأجزاء الشائعة نفسها . فله أن يدخل من الباب العام للبناء فى أى وقت ، وأن يستعمل السلم أو المصعد للوصول إلى طبقته أو شقته ، وأن يوصل أنابيبه ومواسيره الداخلية بالأنابيب والمواسير المشتركة للدار فى الماء والغاز والكهرباء ، وأن يحفر داخل الجدار الرئيسية دواليب ومدائن لاستعماله الخاص ، وأن يضع فى هذه الجدران أنابيبه ومواسيره الخاصة . ويجوز لمالك الطبقة السفلى من الدار أن يفتح بابا فى الجدار الرئيسى أو أن يحول نافذة إلى باب ، على شرط ألا يخل ذلك بمتانة البناء ولا بمظهره الخارجى^(٢) . ولكن لا يجوز لمالك الطبقة السفلى أن يحفر مراديب تحت الأرض أو آبارا ، ولا يجوز لمالك الطابق الأعلى أن يبني طابقا جديداً فوق طابقه فإن جدران طابقه الرئيسية وسقفه معتبرة ضمن الأجزاء الشائعة كما قلنا ، وهذه بخلاف صاحب العلو فقد رأينا أنه يستطيع أن يبني فوق علوه بناء جديداً إذا كان ذلك لا يضر بالسفل^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٨ - ص ١٦٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى الدورى م ٨١٢ (مطابق) .

تقنين المدنى الليبى م ٨٦١ (مطابق) .

تقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ - ١ - ٦٠١ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٢٠ .

ولا يجوز للمالك الطائفة أو الشقة إدخال أى تعديل فى الأجزاء الشائعة للدار بغير موافقة سائر الملاك^(١). وإنما يجوز له ، بغير موافقة الملاك ، إدخال تعديلات يكون من شأنها تبسيط استعمال الجزء الشائع دون تغيير فى تخصيصه ودون إلحاق ضرر بالملاك الآخرين ، كأن يوسع السلم أو يحول المصعد إلى مكان أليق . بشرط أن يكون ذلك على نفقته الخاصة^(٢).

٦٢٦ - تكاليف الأجزاء الشائعة - نص قانونى : تنص المادة ٨٥٨ على ما يأتى :

١٥ - على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة

(١) ولكن إذا تكرر اتحاد الملاك الطبقات والشتق - كما سيجاء - فإنه يجوز لهذا الاتحاد ، بالأغلبية العادية ، أن يقرر إدخال أى تعديل فى الأجزاء الشائعة . وكذلك يجوز ، دون تكوين اتحاد للملاك ، وطبقاً للقواعد المقررة فى إدارة الشيوخ العادى ، الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الأجزاء الشائعة أن يقرروا إدخال تعديلات تخرج من حدود الإدارة المعتادة ، وللأقلية حق التظلم أمام المحكمة (م ٨٢٩ مدنى) - انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٩ هامش ١ - وقارن السيد على المنازى فقرة ٧١ ص ١٢٢ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع المقييدى ومجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٩ - ص ١٦٠ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تصوير ملكية الطبقات على أنها ملكية أجزاء من زرة تتبعها ملكية أجزاء شائعة تصوير ناقص ، إذ أن هذا من شأنه أن يعدم اتصال أجزاء البناء المفردة بعضها ببعض ككل لا يتجزأ فى بناء واحد . والأولى أن يقال إن ملك الطبقات يملك البناء كله شائعاً ، على أن يكون لكل منهم منفرداً حق استعمال الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ثم يستعمل مع غيره من الملاك سائر الأجزاء الشائعة (Hébraud ص ٢٥ وما بعدها - Chevallier ص ٧٩ - Azoulay رسالة من باريس سنة ١٩٥٦ - Mazeaud ٢ فقرة ١٣٢٦ ص ١٠٨٣) . وهذا التصوير يودى إلى القول بأن الطبقات أو الشقة تكون شائعة بين الملاك ، وإنما تنقسم بينهم قسمة أقرب إلى أن تكون قسمة مهايأة مكانية ، لكل منهم الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ولكن المهايأة المكانية هنا تكون مهايأة دائمة .

على أن هذا التصوير لم يرد فى القضاء الفرنسى ، وتمسك بحكمة النقص التى نسية بالتصوير المؤلف من أن لكل مالك طبقة أو شقة يملكها وحده ملكية من زرة مستقلة ، ويشارك بعد ذلك بحصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة (نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٥ جازيت دى باليه ١٩٥٦ - ١ - ٥٢ - وانظر أيضاً كاربونيه ص ٢٠٠ - سارنى ورينو فقرة ٢٤٠ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠) - وانظر فى تطور الفقه الفرنسى فى طبيعة ملكية الطبقات مارتى ورينو فقرة ٢٤٠ . وانظر فى جواز إجبار المالكين فى الشيوخ لبناء على أن يقسموه فيما بينهم طبقات مارتى ورينو فقرة ٢٤١ .

وصيانتها وإدارتها وتجديدها . ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له في الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .
 « ٢ - ولا يجوز للمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر » (١) .

ويؤخذ من هذا النص أن تكاليف حفظ الأجزاء الشائعة وصيانتها وإدارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك ، لأنهم جميعا ينتفعون بالأجزاء الشائعة ، أو هي في القليل معدة لانتفاعهم بها . ويدخل في ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة إذا احتاجت إلى ترميم ، وإصلاح المصعد ، ومصروفات الصيانة العادية من كنس ورش ، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة كتجديد الباب العام للدار أو الآلة الرافعة للمياه ونحو ذلك . وتدخل أيضا تكاليف المياه والكهرباء ، ومصروفات صيانة المصعد والسلام ، وأجور

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى كانت تجرى كما يأتى : « هذا إذا لم تتعرض سندات الملك لشيء من ذلك ، أو إذا تناقضت هذه السندات بعضها مع البعض الآخر » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٩ في المشروع للنهائى ، بعد استبدال العبارة الآتية « ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » بالعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى . ووافق لمس النواب على النص تحت رقم ٩٢٧ ، فجلس الشيخ تحت رقم ٨٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦١ - ص ١٦٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل للنص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السور م ٨١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧٢ : إذا كانت طوابق بيت تخص مالكين مختلفين ، فإن الصلححات والتجديدات في البناء تكون خاضعة للأحكام التالية ، ما لم يكن هناك شروط مخالفة المذكورة في سندات الملكية : كلفة الجدران المصنعة والسقوف هي على عاتق جميع أصحاب العقار ، كل واحد بنسبة الطابق الذى يملكه . على صاحب كل طابق كلفة أرض الطابق التى يبنى عليها . على صاحب الطابق الأول كلفة الدرج المؤدى إلى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطابق الثانى كلفة لدرج الثانى المؤدى إليه ابتداء من الطابق لأول وهلم جرا . (والتقنين اللبناني استقى هذا النص من المادة ٦٦٤ مدنى فرنسى) .

الأشخاص الموكلين بتمهيد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة أجرة البواب ، وامرأته التي تجيها البلدية ، والضرائب المفروضة ، وأقساط التأمين على الأجزاء الشائعة . ومساهمة كل مالك في هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته ، كما هي مقدرة وقت إنشاء الدار كما سبق القول (١) .

وإذا كان المالك ملزما بالمساهمة في هذه التكاليف التزاما عينيا ، إلا أنه مع ذلك لا يستطيع التخلص من هذا الالتزام عن طريق التخلي عن ملكية حصته في الأجزاء الشائعة ، بل هو لا يستطيع التخلص إلا إذا تخلى عن ملكية طبقته أو شقته نفسها بما يتبعها من حصة في الأجزاء الشائعة . والنسب في ذلك أنه إذا اقتصر على التخلي عن ملكية الحصة الشائعة ؛ فإنه في الغالب من الأحوال يستمر مستعملا للأجزاء الشائعة كما كان الأمر قبل التخلي ، فهو لا بد منتفع بالبواب للدخول ، والسلم للصعود ، وبالحديران الرئيسية والأسقف والأرضيات وما إلى ذلك . وحتى لو استطاع أن يمتنع عن الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة كالمصعد والحديقة ، فإنه يصعب عمليا مع ذلك حساب نصيبه ، فينجم عن التخلي منازعات لا تنهى .

كذلك يستوى في المساهمة في هذه التكاليف أن ينتفع المالك فعلا بالأجزاء الشائعة أو لا ينتفع ، فهي معدة لانتفاعه في جميع الأحوال . ويستوى أن يكون انتفاعه بها بالمقدار الذي يساهم به في التكاليف ، فصاحب الطبقة العليا إذا كانت قيمتها قليلة ينتفع بالمصعد أو السلم أكثر مما ينتفع به صاحب الطبقة الأدنى ذات القيمة الكبيرة ، ومع ذلك يساهم بنسبة أقل (٢) .

٦٢٧ - إدارة الأجزاء الشائعة : ولما كانت الأجزاء المشتركة شائعة

بين جميع ملاك الطبقات والشقق كما قدمنا ، فإن إدارتها تتبع فيها القواعد التي تقدم ذكرها في إدارة المال الشائع .

فقد يتفق الملاك على وكيل عنهم لإدارتها ، وغالبا يكون الوكيل هو بواب العمارة . وقد يقوم أحد الملاك بالإدارة فعلا ، فتثبت له الوكالة الضمنية إذا سكنت بقية الملاك مرتضين إدارته .

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٥ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعرال التنظيمية ٦ ص ١٦٢ .

وإذا لم يكن هناك وكيل : فالإدارة العادية تكفي فيها أغلبية الملاك على أساس قيمة الطبقات والشقق التي يملكونها . ولهذا الأغلبية أن تعين مديراً ، وأن تضع نظاماً لإدارة الأجزاء الشائعة والانتفاع بها (م ٨٢٨ مدني) . أما الإدارة غير العادية ، فلا بد فيها من أغلبية خاصة هي أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة ، وللأقلية أن تتظلم من قرارات هذه الأغلبية إلى القضاء (م ٨٢٩ مدني) . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في إدارة المال الشائع .

ولكن الشروع هنا شروع دائم إجباري ، ولا يجوز فيه طلب القسمة كما سبق القول : في حين أن الشروع العادي شروع مؤقت يجوز فيه طلب القسمة فتضع القسمة حداً لمناصب الإدارة المشتركة . لذلك كفل القانون للملاك الطبقات والشقق ، وهم لا يستطيعون طلب قسمة الأجزاء الشائعة . أن يكونوا اتحاداً منهم لإدارتها ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

المطلب الثاني

إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق تكوين اتحاد

٦٢٨ - نص قانوني : تنص المادة ٨٦٢ مدني على ما يأتي :

- « ١ - حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات وشقق ، - جاز للملاك أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم » .
- « ٢ - ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراتها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها » (١) .
- ولا مقابل للنص في التقنين المادني السابق .
- ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري .

(١) تاريخ النص . و دهذا النص في المادة ١٢٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ليبدأ عدا بعض خلاف الفقه طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٣ في المشروع الثاني ، بعد تعديلات نفعية طفيفة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٩ - ص ١٧٠) .

م ٨١٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٦٦ . وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل -
وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

ويتبين من هذا النص أن ملاك طبقات البناء وشققها يجوز لهم أن يكونوا
فيما بينهم اتحادا لإدارة الأجزاء الشائعة في البناء ، وذلك إذا رغبوا في الانتفاع
بما يكون للاتحاد في إدارة الأجزاء الشائعة من مباحث أو مع وتيسيرات أكثر
عما يكون عليه الأمر لو أنهم اقتصروا على تطبيق القواعد التي سبق تقريرها
في إدارة المال الشائع .

ويجب ، لتكوين هذا الاتحاد . إجماع الملاك على تكوينه (٢) ، إذ أن
سلطانه أوسع من مباحثات المدير العادي للمال الشائع كما سبق القول . ويكون
جميع الملاك أعضاء في الاتحاد ، ماداموا قد أجمعوا على إنشائه .

وليس من الضروري أن يتكون هذا الاتحاد بعد إنشاء البناء ، بل يجوز أن
يكون الغرض من تكوين الاتحاد هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات
والشقق ، يبنيه الاتحاد أو يشتره ، ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء .
وفي هذا تشجيع كبير على الإكثار من ملكية الطبقات . أشد ما تكون الحاجة
إليها في وقت اشتدت فيه أزمة المساكن عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية ،
وعلى أثر تزايد السكان تزايداً مضطرباً سريعاً .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٧ (مقابل) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٦ (مقابل) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) فاتحاد الملاك في القانون المصري جواز لا إجباري ، بل يجب في تكوينه إجماع

ملاك الطبقات والشقق . أما في القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ ، فاجتماع ملاك

ملاك الطبقات والشقق في اتحاد (syndicat) إجباري ، ويتم بحكم القانون . ذلك أن إدارة

المال الشائع في القانون الفرنسي ، في الشيوع الدائ ، لا بد فيه من الإجماع ، وهذا النظام يتعذر

تطبيقه في الأجزاء الشائعة للبناء الواحد . ومن ثم جعل القانون الفرنسي اجتماع الملاك في اتحاد أمراً

إجبارياً في حين أن القانون المصري قد نظم الشيوع لدى تنفيذها يكفل للأغلبية حق الإدارة ، فلم تكن

هناك ضرورة ملحة - كما وجدت في القانون الفرنسي - إلى جعل اتحاد الملاك إجبارياً (انظر

إسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٨ هامش ٣ - وقان محمد علي عرفة فقرة ٣٠٣ ص ٤١١) .

ونتكلم أولاً في اتحاد الملاك ، ثم في مأمور اتحاد الملاك .

§ ١ - اتحاد الملاك

٦٢٩ - اتحاد الملاك يعتبر جمعية لها شخصية معنوية : الواضح أن

اتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق في البناء الواحد ، وقد تكونت لغرض غير الحصول على ربح مادي ، وهذا الغرض هو إدارة الأجزاء الشائعة في البناء لمصلحة جميع الأعضاء (١) .

ويتمتع اتحاد الملاك بالشخصية المعنوية ، شأنه في ذلك شأن أية جمعية ، يدل على ذلك بوجه خاص أنه يتعامل في الحياة المدنية باعتباره شخصاً ، فكل قرض يمنحه لأحد الملاك الشركاء لتمكينه من القيام بالتزامه يكون مضموناً بحق امتياز لمصلحة الاتحاد (باعتباره شخصاً معنوياً) على الجزء المفرز الذي يملكه الشريك وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار (م ٨٦٩ مدني) . ويدل على ذلك أيضاً أن الاتحاد يقاضي ويقاضى ، ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمته الملاك الشركاء إذا اقتضى الأمر (م ٨٦٦ / ٢ مدني) .

فلاتحاد الملاك إذن شخصية معنوية مستقلة عن شخصية ملاك الطبقات والشقق ، وتبعاً لذلك تكون له ذمة مالية مستقلة .

ولكن لاتحاد الملاك تنظيم خاص به يختلف عن تنظيم الجمعيات بوجه عام ، فلا يشترط أن يكون للاتحاد نظام مكتوب كما يشترط ذلك في الجمعية ، ولا أن يكون للاتحاد مجلس إدارة ويكفي أن يكون له مأمور كما سنرى ، وتتخذ قرارات الاتحاد بأغلبية الملاك جميعاً من حضر ومن لم يحضر وفي الجمعية بأغلبية الأعضاء الحاضرين . وإذا تألف اتحاد لتشييد أو لشراء بناء ذي طبقات وشقق متعددة وتوزيعها على أعضائه ، فإن هذا الاتحاد يتخذ في أول الأمر صورة الجمعية ، وهو في الغالب يتخذ صورة الجمعية التعاونية حتى يستفيد من المزايا التي تمنحها الدولة لهذا النوع من الجمعيات (٢) .

(١) انظر المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة (قانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦) وانظر إسماعيل غام فقرة ١٥٥

(٢) إسماعيل غام فقرة ١٥٥ ص ٣٦٠ هامش ٣ - جابر جاد عبد الرحمن في اقتصاديات -

وإذا كان لاتحاد الملاك شخصية معنوية وذمة مالية ، فإنه مع ذلك لا يعتبر مالكا للبناء ، بل ملاك البناء بأكمله هم أصحاب الطبقات والشقق ، يملكون بعض البناء مفرزاً وبعضه شائعاً على التتصيل الذي قدمناه^(١) . والاتحاد له ماله الخاص ، ويتكون في الغالب من الاشتراكات التي قد يلزم الأعضاء بدفعها ، ومن المال الذي يجمعه من الأعضاء للإتفاق منه على إدارة الأجزاء الشائعة ، ومن القروض التي قد يحصل عليها لإقراض الأعضاء .

٦٣٠ - وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة - نص قانوني : تنص

المادة ٨٦٣ مدني على ما يأتي :

« للاتحاد أن يضع ، بموافقة جميع الأعضاء ، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته^(٢) » .

ويؤخذ من هذا النص أن الاتحاد بالخيار ، إما أن يضع لائحة تنظيمية يسير عليها في تمكين الأعضاء من الانتفاع بالأجزاء الشائعة من البناء وفي حسن إدارة هذه الأجزاء الشائعة ، أو ألا يضع لائحة ما ويكتفي باتخاذ القرارات الفردية اللازمة لإدارة الأجزاء الشائعة .

= التعاون جزء أول في البيان التعاوني سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠ ص ١٢٢ - ص ١٢٣ - حلمي مراد في التعاون من الناحيتين المذهبية والتشريعية سنة ١٩٦١ فقرة ٥٨ ص ١٠١ - ص ١١٢ .

(١) انظر آتفا فقرة ٦٢٣ - فقرة ٦٢٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٢ من المشروع التمهيد على الوجه الآتي :

« يحج زلقابة أن تضع لائحة تكفل حسن الانتفاع بالعقار المشترك وتقرر قواعد لإدارته المشتركة ، بشرط أن يوافق جميع الأعضاء على هذه اللائحة . ٢ - ولا تكون اللائحة ملزمة لخلف خاص لأحد أعضاء النقابة إلا بعد تسجيلها » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٤ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية وإدخال تعديلات لفظية في الفقرة الأولى ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧١ - ص ١٧٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وهو إذا وضع لائحة ، فإنه يتقيد بها ولا يستطيع أن ينحرف عنها . لذلك أوجب المشرع أن تكون هذه اللائحة « بموافقة جميع الأعضاء » ، فلا يجوز تعديلها إذن إلا بموافقة جميع الأعضاء أيضاً . وهذا يكفل استقرار العمل في الاتحاد . ويجعل سير الإدارة موطداً منتظماً على هدى من قواعد مقررة ونظام موضوع . ولو جعلت الأغلبية تكفي في هذه اللائحة ، لاختلطت القرارات التنظيمية بالقرارات الفردية . ولكفت الأغلبية في اتخاذ القرارات الفردية وفي تعديل اللائحة نفسها . ولترتب على ذلك أنه يمكن تعديل اللائحة بنفس الأغلبية التي يمكن بها اتخاذ القرارات الفردية . فلا تصبح للائحة قيمة في استقرار الإدارة . إذ يكفي عند ذلك ، إذا بدا للأغلبية اتخاذ قرار فردي مخالف للائحة التنظيمية . أن تبدأ هذه الأغلبية بتعديل اللائحة . ثم تتخذ القرار الفردي الذي تريده بعد هذا التعديل .

وقد يعترض على ذلك بأنه في إدارة المال الشائع العادي ، تكفي الأغلبية لوضع نظام للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع (م ٢/٨٢٨ مدني) ، فكيف يطلب الإجماع في وضع لائحة لإدارة الأجزاء الشائعة للبناء ذي الطبقات المتعددة (١) ؟ ولكن يلاحظ أن الاختصار على مجرد الأغلبية في وضع لائحة لإدارة الشبوع العادي ، إنما روعي فيه أن المقصود بالإدارة هي الإدارة المعتادة دون الإدارة غير المعتادة . أما اللائحة التي توضع لإدارة الأجزاء الشائعة للبناء متعدد الطبقات ، فإنها تتناول الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة على السواء . ولما كانت القرارات الفردية في إدارة الأجزاء الشائعة إدارة غير معتادة يكفي فيها مجرد الأغلبية كما سنرى ، فقد وجد المشرع من الأحوط أن يشترط الإجماع في اللائحة المستقرة الدائمة للإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة ، حتى لا يتيسر تعديل هذه اللائحة في أي وقت تريده الأغلبية كما سبق القول .

وإذا وضع الاتحاد لائحة تنظيمية لأعماله على الوجه الذي بيناه ، فإن هذه اللائحة تسرى على جميع ملاك الطبقات والشقق وهم أعضاء الاتحاد ، وتسرى بطبيعة الحال على ورثتهم من بعدهم . فإذا مات أحد الملاك ، حلت ورثته

(١) انظر إسماعيل غنم فقرة ١٥٦ ص ٣٦٢ هامش ٢ .

محله وأصبحوا أعضاء في الاتحاد مكانه : وسرت عليهم اللائحة التنظيمية التي وافق عليها مؤدريهم . كذلك تسرى اللائحة التنظيمية على الخلف الخاص للمالك ، فإذا باع المالك طبقته أو شقته حل المشتري محله في عضوية الاتحاد وفي التقيد باللائحة التنظيمية . وقد كان هناك نص صريح في هذا المعنى في المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٦٣ مدنى (١) . ولكن لجنة المراجعة حذفته دون أن تبين سبب الحذف . والغالب أن يكون السبب هو عدم الحاجة إلى النص ، ففي القانون المصرى تسرى عقود السلف في حق الخلف الخاص متى كانت الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد تعتبر من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف الخاص (م ١٤٦ مدنى) . على أن هناك نصا صريحا فيما يتعلق باللائحة التي توضع لإدارة الشيوخ العادى يمكن أن يقاس عليه هنا ، فقد نصت المادة ٢/٨٢٨ مدنى على أن النظام الذى يوضع « يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا ، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا » (٢) .

٦٣١ - الإدارة باتخاذ قرارات فردية ودرء وضع نظام عام للإدارة -

نص قانونى : تنص المادة ٨٦٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم يوجد نظام للإدارة ، أو إذ خلا النظام من النص على بعض الأمور ، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد ، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة ، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة » (٣) .

(١) انظر آنفا نفس الفقرة ص ١٠٢٩ هامش ٢ .

(٢) ولكن يجب على كل حال ، لسريان اللائحة فى حق الخلف الخاص ، أن يكون هذا عالما بها وقت انتقال ملكية الطبقة أو الشقة إليه من سلفه (م ١٤٦ مدنى) .

وانظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٦ (ويقول فى خصوص تسجيل اللائحة : « ولا يشترط تسجيل اللائحة إذا كانت قاصرة على مجرد تنظيم الانتفاع والإدارة ، وعلى العكس يكون التسجيل واجبا إذا كانت لللائحة تمس نطاق الملكية ذاتها ، بأن حددت الأجزاء المشتركة والأجزاء المفردة تحديدا ») انظر فقرة ١٥٦ ص ٣٦٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع بعض خلاقات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة -

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يضع الاتحاد لائحة تنظيمية يسير عليها في إدارته للأجزاء الشائعة ، أو إذا خلت اللائحة التنظيمية المرصودة من نص في المسألة التي يبحث الاتحاد فيها ، فإن سبيل الاتحاد في القيام بمهمته من الإدارة هو اتخاذ قرارات فردية في كل مسألة من المسائل التي تعرض له على حدة .

ويستوى في ذلك أن تكون المسألة متعلقة بالإدارة المعتادة ، أو متعلقة بالإدارة غير المعتادة . ففي الحالتين يتخذ الاتحاد قرارات فردية بأغلبية عادية ، أى بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء . وتكون هذه القرارات الفردية مازمة لجميع الملاك ، من وافق منهم عليها ومن لم يوافق . وهذه هي المزية الكبرى من قيام الاتحاد ، فهو بأغلبية عادية يستطيع أن يدير الأجزاء الشائعة إدارة معتادة وهو ما تستطيعه أغلبية الملاك في الشروع العادى ، بل ويديرها إدارة غير معتادة وهو ما لا تستطيعه أغلبية الملاك في الشروع العادى . ويشترط لصحة هذه القرارات الفردية أمران : (١) أن يدعى جميع ملاك الطبقات والاشقق إلى الاجتماع الذى يعقده الاتحاد ، وذلك عن طريق كتاب موصى عليه يرسل من مأمور الاتحاد عادة أو ممن يقوم مقامه ، فلا يكفى الكتاب العادى ، ومن باب أولى لا تكفى الدعوة الشفوية . (٢) أن يصدر القرار بأغلبية جميع الملاك (بحسب قيمة الأنصباء) ، من حضر منهم ومن لم يحضر ، ولا تكفى أغلبية الحاضرين (١) .

— تحت رقم ٩٣٥ في المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٢ - ص ١٧٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) وليس من الضروري أن يكون هناك جدول أعمال للجلسة ، وإذا وجد جدول أعمال فليس من الضروري التقيد به . ومتى صدر قرار بالأغلبية المطلوبة ، فإنه لا يجوز لأحد الأعضاء أن يظن في هذا القرار ، إلا إذا كان القرار قد خرج عن حدود اختصاص الاتحاد ، أو شابه تعسف في استعمال الحق (إسماعيل غانم فقرة ١٥٧ ص ٢٦٤) .

٦٣٢ - التأمين على البناء وإجراء أعمال تترتب عليها زيادة قيمته -

نص قانوني : تنص المادة ٨٦٥ مدني على ما يأتي :

« للاتحاد ، بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في المادة السابقة ، أن يفرض أي تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار أو الشركاء في جملتهم . وله أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك ، وبما يضعه الاتحاد من شروط ، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء» (١)

وهنا ننتقل إلى مثلين من أعمال الإدارة ، أحدهما من أعمال الإدارة العادية وهو التأمين على البناء ، والآخر من أعمال الإدارة غير العادية وهو إجراء أعمال تترتب عليها زيادة قيمة البناء . والعملان يدخلان في اختصاص الاتحاد على السواء ، يقرر في شأنهما ما يراه بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة : العادي من العاملين وغير العادي .

فيستطيع الاتحاد أن يقرر تأمين البناء - الأجزاء المفترزة والأجزاء الشائعة - من خطر الحريق ومن أي خطر آخر . كذلك يستطيع أن يؤمن من خطر الحوادث التي تنجم عن المصعد ، سواء كان تأميناً من المسؤولية أو تأميناً من الأضرار . ويفرض في مبيع ذلك أن يتحمل الأعضاء أقساط التأمين ، كل بنسبة قيمة ما يملك . والاتحاد يعقد التأمين لمصلحة الأعضاء ، فكل عضو

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٤ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع بعض خلافاً لفظية . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٦ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٤ - ص ١٧٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخر :

التقنين المدني السوري م ٨٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

يكون مستفيداً من هذا التأمين بقدر حصته . وهو الذى يستحق مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر المؤمن منه .

ويستطيع الاتحاد كذلك أن يقرر القيام بأعمال أو تعديلات فى البناء كله أو بعضه ، فى الطبقات المفروزة أو فى الأجزاء الشائعة مما يترتب عليه زيادة فى قيمة البناء كله أو بعضه . ويقرر ذلك بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، كما سبق القول . وإذا كان النص لم يذكر ذلك صراحة ، بل اقتصر على القول بأن الاتحاد يأذن لأحد الأعضاء فى القيام بهذه الأعمال على نفقته ، فإن هذا لا يعنى أن الاتحاد عاجز عن أن يقرر القيام بهذه الأعمال على نفقة جميع الأعضاء ، مادامت أعمالاً من شأنها أن تزيد فى قيمة البناء . فيستطيع مثلاً أن يقرر بناء طبقة جديدة إذا كانت الطبقات القائمة غير كافية لاستغلال الأرض الواسعة التى أقيم عليها البناء . ويقرر ، فى سبيل بناء طبقة جديدة ، أن يقرض وأن يرهن البناء ضماناً للقرض . وتعتبر الطبقة الجديدة ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات ، يديرها الاتحاد ويستغلها ، ويسدد من غلتها القرض ، ثم يقسم الغلة على الأعضاء كل بنسبة حصته فى الطبقة الجديدة^(١) . وله كذلك أن يقرر ، فى مناسبة بناء طبقة جديدة ، أن يقيم مصعداً فى البناء ، على النحو الذى قدمناه فى إنشاء الطبقة الجديدة .

فإذا لم تتوافر الأغلبية اللازمة للقيام بهذه الأعمال الجديدة التى ترتب عليها زيادة قيمة البناء ، وأراد أحد الملاك أن يقوم بها هو على نفقته ، جاز للاتحاد بنفس الأغلبية أن يأذن لهذا المالك فى القيام بالعمل على نفقته الخاصة ، ويضع الاتحاد لذلك الشروط اللازمة للتثبت من سلامة العمل ومن زيادته فى قيمة البناء . وقد يفرض تعويضات أو التزامات أخرى لمصلحة بقية الملاك فى ذمة المالك الذى يتفرد بالعمل ، إذا كان من شأن هذا العمل مثلاً أن يحرمهم

(١) وقد يقرر الاتحاد أن يبيع هذه الطبقة الجديدة مفروزة للمالك الجديد ، أى أن يبيع ملاك طبقات البناء . ويسمح عضواً فى الاتحاد . من قد يقرر الاتحاد منذ البداية أن يهدى إلى شخص أجنبى أو من بين الملاك أنفسهم . وبناء الطبقة الجديدة على أن يملكها هذا الشخص مفروزة ويصبح عضواً فى الاتحاد إن لم يكن عضواً فيه من قبل ، وذلك بشروط يتفق عليها مع الاتحاد وتكون فى مصلحة الملاك جميعاً .

بعض الوقت من الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة في البناء^(١)

٦٣٣ - منح قروضه لأعضاء - نص قانوني : تنص المادة ٨٦٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء . لتمكينه من القيام بالتزاماته ، يكون مضمونا بامتياز على الجزء المقرض الذي يملكه وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار » .

« ٢ - ونحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده »^(٢) .

والمفروض هنا أن الاتحاد منح قرضا لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته . والمفروض كذلك أن هذا القرض قد منحه الاتحاد من ماله الخاص لهذا الشريك . فلا بد إذن من افتراض أن للاتحاد مالا خاصا ، وقد رأينا أنه يجوز أن يكون له هذا المال ، إما من اشتراكات يجمعها من الأعضاء . أو من صفقة رابحة يحصل عليها في أثناء قيامه بمهمته ، أو من قروض يعقدها ، أو من كل هذا جميعا أو من غير هذا من السبل .

والاتحاد يقرض العضو بقرار يصدر بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، مادام المال الذي يقرضه للعضو هو ماله الخاص^(٣) . وأهم

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٥٨ ص ٣٦٥ وهاشم ٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع بعض خلافاً لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤٠ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٢ - ص ١٨٤) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٦١ - منصر ر مصطفى منصر - ر فقرة ١٠٤ ص ٣٦٢ -

سبب يدفع الاتحاد إلى إقراض العضو هو تمكين هذا العضو من القيام بالتزاماته ،
 كأن يمكنه من المساهمة بحصته من التكاليف التي يلتزم بها الأعضاء ، أو كأن
 يمكنه من المساهمة بنصيبه في أعمال يقوم بها الاتحاد وترتب عليها زيادة قيمة
 البناء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصيبه في تكاليف تجديد البناء بعد هلاكه
 كله أو بعضه .

ففي جميع هذه الأحوال يكون الاتحاد قد أقرض العضو مالا لتمكينه من
 القيام بالتزاماته . وقد أراد القانون تشجيع الاتحاد على إقراض العضو مالا
 لهذا الغرض حتى ييسر للعضو القيام بالتزاماته : فكفل للاتحاد أن يسرد هذا
 القرض من العضو بأن جعل القرض مضمونا بحق امتياز على الطبقة أو الشقة
 التي يملكها العضو المقرض وعلى ما يتبع هذه الطبقة أو الشقة من حصة شائعة
 للعضو في الأجزاء المشتركة للبناء . ولما كان حق الامتياز هذا هو حق امتياز
 خاص على عقار ، فإنه يجب قيده ، وتحسب مرتبته من يوم هذا القيد .

أما إذا كان القرض ليس الغرض منه تمكين العضو من القيام بالتزاماته ،
 فإن القانون لا يجعله مضمونا بحق امتياز : وذلك حتى يتردد الاتحاد طويلا
 قبل أن يقدم على إقراض العضو مالا لسبب لا تمت إلى قيام العضو بالتزاماته .
 وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما إذا أعطى القرض
 لغرض آخر ، فلا يكون ممتازا » (١) .

وقد استقى المشرع المصرى المادة ٨٦٩ مدنى سائلة الذكر من المادة ١١
 من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ . ونص المادة ١١ من
 القانون الفرنسى بقرار لصالح الاتحاد حق امتياز ضد العضو الذى لا ينى
 بنصيب فى تكاليف الأجزاء المشتركة . فإذا دفع الاتحاد لحساب أحد الملاك
 نصيبه فى هذه التكاليف ، فإن حق الاتحاد فى الرجوع على هذا العضو يكون
 مضمونا بحق امتياز على طبقة هذا المالك أو شقته وعلى حصته فى الأجزاء
 المشتركة . ومن ذلك نرى أن نص المادة ٨٦٩ مدنى مصرى أوسع مدى من
 نص المادة ١١ من القانون الفرنسى (٢)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٩ .

(٢) وعلى ذلك ينتقد بعض الفقهاء فى مصر نص المادة ١٦٩ مدنى مصرى فيما تضمنته من -

٦٣٤ - تجديـر البناء بعد هـلـكـه - نص قانوني : تنص المادة ٨٦٨ مدني على ما يأتي :

١ - إذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٦٤ ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

٢ - فإذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة (١) .

ويؤخذ من هذا النص أنه في حالة هلاك البناء هلاكاً كلياً أو جزئياً ، يكون للاتحاد رأي ملزم فيما يتعلق بإعادة بنائه . والبناء يهلك غالباً بسبب الحريق ، وقد يهلك بسبب آخر كفارة جوية أو زلزال أو اختلال في أساسه أو قصفه بالمدافع في أثناء الحرب أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو بغير ذلك من الأسباب .

فإذا هلك البناء ، قرر الاتحاد ، بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء أي بالأغلبية العادية ، ما إذا كان يجدد أو لا يجدد ، وذلك ما لم يوجد

- توسع (السيد علي المغاز) فقرة ٣٤ ص ٦٧ و فقرة ٦٨ ص ١١٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٨٢ - إسماعيل غانم فقرة ١٦١ ص ٣٦٩ هامش (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٧ من المشروع الهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيساعداً بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٩ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٠ - ص ١٨٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

اتفاق سابق بين الأعضاء على التجديد أو عدم التجديد أو كانت هناك لائحة تنظيمية تقرر ما يتبع في هذه الحالة .

فإذا قرر الاتحاد عدم التجديد ، أخذ كل مالك حقه فيما عسى أن يكون قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة في حالة الكوارث العامة ، وانحل الاتحاد تبعاً لذلك إذ لم يعد هناك مسوغ لبقائه .

وإذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، التزم الأعضاء بالتجديد . وقام الاتحاد بأعمال التجديد نيابة عن الأعضاء ، وخصص لذلك ما قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة ، على أن يكمل الأعضاء من أموالهم الخاصة ما عسى أن ينقص ، كل بنسبة حصته . وإذا كانت هناك حقوق مقيدة على بعض الطبقات أو الشقق ، كرهن رسمي أو رهن حيازة أو حق اختصاص أو حق امتياز ، استوفى الدائنون أولاً حقوقهم مما آل لأصحاب هذه الطبقات أو الشقق نتيجة لهلاك البناء ، وعلى هؤلاء إكمال نصيبهم في تكاليف تجديد البناء من أموالهم الخاصة . وإذا عجز أحد الملاك عن دفع نصيبه في تكاليف تجديد البناء ، لأن ما أصابه من المال الذي تبقى لا يفي بهذا النصيب أو لأنه قد استغرق في وفاء الديون أو لأي سبب آخر ولم يكن عنده مال خاص لمواجهة التزاماته ، نظر الاتحاد في الأمر . فن الجائز أن يقرضه ما يستعين به على الوفاء بالالتزام ويكون للاتحاد حق امتياز يكفل ما أقرضه إياه على النحو الذي قدمناه (١) . ومن الجائز أن يقنعه ببيع حقه في البناء لشخص آخر من بين الملاك أنفسهم أو من غيرهم ويحل هذا الشخص الآخر محله في البناء الجديد . فإذا لم يوجد حل لهذا الأمر ، تخاف من عجز عن مواجهة تكاليف تجديد البناء بعد أخذ ما عسى أن يكون قد تبقى له من حق إذا رأى الاتحاد إعفائه من الالتزام بالمساهمة في تجديد البناء ، وجدد البناء لحساب من بقي من الملاك دونه (٢)

(١) انظر اتفاقاً ٦٣٣

(٢) انظر محمد علي عرفة فقرة ٣٦٩ : ويذهب إلى جهة إيجاب الشريك المتخلف قضاء على المساهمة في تجديد البناء أو بيع طبقته عليه ، كما هو الأمر في شأن صاحب السفلى طبقاً لما هو مقرر في المادة ٨٦٠ مدني .

وانظر في التعقيب على هذا الرأي إسماعيل غامق فقرة ١٥٩ ص ٣٦٧ .

والبناء المحدد يكون ملك لأصحابه على النحو الذى كان عليه البناء القديم ، يملك كل منهم طبقته أو شقته مع حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة . وما لم يتفق الملاك على شيء آخر ، يبنى الاتحاد قائما لإدارة البناء الجديد ، طبقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

هذا وقد يحتاج البناء إلى تجديد لا لأنه قد هلك ، بل لأنه قد بلى وأصبح فى حاجة إلى أن يحدد . وفى هذه الحالة يكون قرار الاتحاد بتجديد البناء من أعمال الإدارة غير المعتادة . ويصدر القرار بالأغلبية العادية ، وينفذ على الوجه الذى بسطناه فى حالة هلاك البناء .

§ ٢ - مأمور اتحاد الملاك

٦٣٥ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٨٦٦ مدنى على ما يأتى :

١ - يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ، ويعين بالأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ ، فإن لم تتحقق الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم . وعلى المأمور إذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات . كل هذا ما لم يوجد فى نظام الاتحاد ما يخالفه .

٢ - ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، حتى فى مناصمة الملاك إذا اقتضى الأمر .

وتنص المادة ٨٦٧ مدنى على ما يأتى :

١ - أجر المأمور يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه .
٢ - ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر -

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٢١ - ٨٢٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٠ - ٨٧١ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

٦٣٦ - تعيين مأمور بأمور اتحاد الملاك : ولما كان اتحاد الملاك مكوناً من ملاك متعددين ، لذلك كان الاتحاد في حاجة إلى شخص واحد لتنفيذ قراراته ، وهذا الشخص يسمى مأمور اتحاد الملاك . وهو في الغالب شخص من بين الملاك أعضاء الاتحاد ، ولكن القانون لم يحتم ذلك فيصح أن يكون أجنبياً . ويعينه الاتحاد بالأغلبية العادية ، أي بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة . فإذا لم يظفر أحد بهذه الأغلبية ، جاز لأي عضو في الاتحاد أن يقدم عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها البناء ، يطلب فيها تعيين مأمور للاتحاد ، ويعلن الملاك الآخريين للحضور أمام رئيس المحكمة المشار إليه ليأخذ رأيهم فرداً فرداً فيمن يرون اختياره . ويصدر رئيس المحكمة أمراً على

= عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٧ في المشروع التمهيدي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٦ - ص ١٧٨ .

م ٨٦٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استعمل عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٨ في المشروع التمهيدي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٦ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٧ ، بعد الاستعاضة عن عبارة « بأمر من القاضي » في الفقرة الثانية بعبارة « بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٨ - ص ١٨٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٢١ - ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٠ - ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

العريضة المشار إليها بتعيين الشخص الذى يكون مأمورا للاتحاد ، ويغلب أن يكون هذا الشخص هو كما قدمنا من بين الملاك أنفسهم .

٦٣٧ - اختصاصات مأمور الاتحاد : ومأمور الاتحاد . كما هو واضح من نص المادة ٨٦٦ مدنى سالفه الذكر . هو الأداة التنفيذية للجمعية العامة للاتحاد . وهذه الصفة يتولى الاختصاصات الآتية :

١ - يقوم بتنفيذ قرارات الاتحاد ، ويكون مسئولاً عن هذا التنفيذ أمام الجمعية العامة للاتحاد .

٢ - يطالب كل مالك بتنفيذ التزاماته . سواء كانت هذه الالتزامات مصدرها القانون ، أو مصدرها اللائحة التنظيمية للاتحاد . أو مصدرها قرارات فردية اتخذها الاتحاد في جمعيته العامة . ويؤدى حساباً عن ذلك للاتحاد .

٣ - يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها . والأصل أن أعمال الحفظ والصيانة والحراسة للأجزاء المشتركة للبناء ، وإدارة هذه الأجزاء المشتركة بوجه عام ، هي من صميم عمل الاتحاد يتولاها بقرارات يتخذها ، ويقوم المأمور بتنفيذ هذه القرارات كما سبق القول . ولكن هناك من هذه الأعمال ما يكون عاجلاً لا بد من القيام به فوراً ، فيجب على المأمور القيام به دون انتظار قرار من الاتحاد . ويعرض الأمر بعد ذلك على أقرب جلسة للجمعية العامة . وهناك أيضاً من هذه الأعمال ما هو محدود الأهمية لا يستدعى عقد جلسة لاتخاذ قرارات في شأنه . فيقوم المأمور بهذه الأعمال على مسؤوليته ، ويعرض الأمر بعد ذلك على الجمعية العامة للاتحاد في أقرب جلسة يعقدها .

٤ - يمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء . فبرفع الدعاوى باسم الاتحاد ، وترفع عليه باسم الاتحاد الدعاوى ، وهو فى كل ذلك يمثل الاتحاد بمحكم القانون . فهو ليس إذن فى حاجة إلى توكيل خاص ، وليس ضرورياً أن يذكر أسماء الملاك فى صحيفة الدعوى . ولما كان الاتحاد شخصاً معنوياً مستقلاً عن أشخاص أعضائه كما سبق القول . فقد يقاضى الاتحاد أحد الأعضاء مطالباً بإياد بتنفيذ التزاماته ، أو يقاضى أحد الأعضاء الاتحاد طاعناً فى قراراته . وفى جميع هذه الأحوال يمثل المأمور الاتحاد فى مقاضاته للأعضاء وفى مقاضاة الأعضاء له .

٦٣٨ - أمر الأمور وطريقة عزله : وقد تكفلت المادة ٨٦٧ مدني

سائلة الذكر ببيان أمرين :

(الأمر الأول) تحديد أجر للمأمور . ويقوم بتحديد هذا الأجر اتحاد الملاك نفسه إذا كان هو الذي اختار المأمور ، أو يقوم بتحديد رئيس المحكمة الابتدائية إذا كان هو الذي تولى تعيينه . ويمكن إعادة النظر في الأجر من الجهة التي حددته ، بالنقص أو بالزيادة ، بحسب الأحوال . ويدخل الأجر ضمن التكاليف التي تنفق على الأجزاء المشتركة للبناء ، فتضاف إليها ، وتقسّم بين الأعضاء كل بنسبة حصته كما سبق القول^(١). وبصح أن يتبرع المأمور بعمله فلا يطالب أجراً عليه ، وبخاصة إذا كان واحداً من الملاك . وله الرجوع في تبرعه وطلب تحديد أجر له ، إذا رأى أن الأعمال الموكولة إليه تستغرق من وقته ومن جهده ما يستحق عليه أجراً .

(الأمر الثاني) عزل المأمور . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٦٧ مدني ، كما رأينا^(٢) ، إنه يجوز عزل المأمور « بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل » . والعزل يكون إما لإخلال المأمور بالتزاماته إخلالاً واضحاً ، أو لعدم صلاحيته لما وكل إليه من العمل ، أو لصيرورته عاجزاً عن القيام بها ، أو لغير ذلك من الأسباب الجدية . وكما يجوز عزل المأمور ، يجوز كذلك أن يتنحى هو نفسه عن القيام بالوكالة المعهودة إليه ، شأنه في ذلك شأن أي وكيل .

وليس من الضروري أن تكون الجهة التي قامت بتعيينه هي التي تقوم بعزله ، فقد يختاره الاتحاد ويعزله رئيس المحكمة ، أو بالعكس يعينه رئيس المحكمة ويعزله الاتحاد بالأغلبية المعتادة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجوز عزل السنديك (المأمور) بالأغلبية أو بأمر للقاضي ، أيا كانت طريقة تعيينه »^(٣).

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٢٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٣٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٢ .

وإذا عزل المأمور أو تنحى ، يختار أو يعين مأمور غيره ، بالطريقة التي سبني بيانها .

الفرع الثالث

ملكية الأسرة

٦٣٩ - الفرص من نظام ملكية الأسرة : استقى المشروع المصرى نظام ملكية الأسرة من التقنين المسمى السويسرى ومن المشروع الإيطالى الذى أصبح بعد ذلك التقنين المسمى الإيطالى ، ولكنه تأثر قبل كل شىء بالبيئة المصرية ذاتها . ذلك أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة فعلا ، قبل أن توجد قانونا . وكثير من الأسر ، وبخاصة فى الريف ، تستبقى أموالها . لاسيما إذا أتى عن طريق الميراث ، شائعا بين أفراد الأسرة ، يديره عميد الأسرة ويقدم حسابا عن إدارته لشركائه فى الشبوع . والعرف هو وحده الذى كان يتحكم فى النظام الذى تخضع له ملكية الأسرة على هذا الوجه ، وقل أن يلجأ أحد من أفراد الأسرة إلى طلب القسمة والاستغلال بنصيبه فى المال مفرزا . ولم تكن هذه التقاليد المستقرة فى الريف تخلو من العيوب . بل لم تكن تخلو فى بعض الأحيان من تحكم عميد الأسرة بدير أموالها على الوجه الذى يريده . ويقدم حسابا أو لا يقدم . فأراد المشرع تنظيم هذا الضرب من الشبوع الإجبارى القائم على الاتفاق الضمنى ، فهدب من القواعد التى تسرى عليه وبسط رقابة كافية على إدارة الأموال ، وأفسح مجال الخروج منه لمن أراد من الشركاء (١) .

وإذا كانت ملكية الأسرة ضربا من الشبوع الإجبارى . فهى كما سنرى شبوع يفرضه الاتفاق لا القانون ، وهى كذلك شبوع موقت لا شبوع دائم .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تعرض المواد ... لملكية الأسرة ، وهى ملكية استحدثها المشروع عن آتقنين السويسرى والمشروع الإيطالى . على أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة بالفعل ، فإن كثيرا من الأسرات يبق فى الشبوع بعد موت المورث ، ولا ينقص هذه الملكية إلا التنظيم . وهذا ما فعله المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٥٢) .

ونبحث في ملكية الأسرة أركانها ، ثم أحكامها .

المبحث الأول

أركان ملكية الأسرة

٦٤٠ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٨٥١ مدني على ما يأتي :

« لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن ينفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة ، وتتكون هذه الملكية إما من تركة وراثتها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية . »

وتنص المادة ٨٥٢ مدني على ما يأتي :

١ - يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك .

٢ - وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٨٥١ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المساجعة تحت رقم ٩٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ رأى رئيس اللجنة إطلاق الأحكام الخاصة بإنشاء ملكية الأسرة وعدم تقييد إنشائها بوحدة العمل أو المصلحة بين أعضاء الأسرة الواحدة ، وكذلك رأى عدم تحديد أعضاء الأسرة بدرجة معينة لأنه من الجائز أن الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة من أعضاء الأسرة الواحدة ليسوا من الأقربين . فأجيب بأن « المفروض ألا تنشأ الملكية المشتركة إلا بعد أن تجمع أفراد الأسرة الواحدة وحدة العمل أو المصلحة . وهذه الوحدة هي التي تحدد أعضاء الأسرة الواحدة ، وغالبا ما يكون هؤلاء من الورثة » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨٥١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٣ - ص ١٤٤) .

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق ، الذي لم يكن يعرف ملكية الأسرة .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المثلث السوري م ٨٠٦ - ٨٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٥٥ - ٨٥٦ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

٦٤١ - أربعة أركان : ويستخلص من النصوص سالفة الذكر أن الملكية الأسرة أركاناً أربعة هي : (١) اتفاق مكتوب . (٢) ما بين أعضاء أسرة واحدة . (٣) على أموال مملوكة لم فتكون مأكلاً للأسرة . (٤) ولمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة .

٦٤٢ - الركن الأول - اتفاق مكتوب : يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقاً مكتوباً ، كما تصرح بذلك المادة ٨٥١ مدني فيما قدمنا (٢) . والكتابة هنا للانعقاد لا للإثبات ، فالاتفاق غير المكتوب يكون باطلاً ، ولو أقر به المتعاقدون أو وجهت فيه اليمين : وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجب أن

م ٨٥٢ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في المشروع التمهيدى في آخر الفقرة الثانية وهي ما يأتي : « ما لم يقض العرف في الملكية الزراعية بغير ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢١ . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٢ ، وذلك بعد حذف العبارة التي كانت واردة في آخر الفقرة الثانية « لأن نظام ملكية الأسرة نظام جديد ولا عرف فيه » . ووافق عليه مجلس الشيوخ بالتعديل الذي قرره لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٥ - ص ١٤٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٠٦ - ٨٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٥ - ٨٥٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) انظر أنفاً فقرة ٦٤٠ .

يكون الاتفاق كتابيا ، والكتابة هنا شرط للانعقاد لا مجرد الإثبات (١). والسبب في ذلك أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة ، قد تصل إلى خمسة عشر عاما ، فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة . ولكن من جهة أخرى لا يشترط أن تكون الكتابة رسمية ، فالكتابة العرفية تكفي .

والاتفاق هو تراض على إنشاء ملكية الأسرة ، ويشترط فيه بهذا الوصف توافر الأهلية في أعضاء الأسرة المتعاقدين . والأهلية هنا أعلى من أهلية الإدارة ، فالذى يضع ماله في ملكية الأسرة لا يقوم بمجرد إدارته إدارة معتادة ، إذ هو يقيد من حريته في التصرف فيه كما سنرى ، وفي الوقت ذاته يعطى لمن يدير هذه الملكية سلطات واسعة تتجاوز في كثير من الأحيان حدود الإدارة المعتادة (٢). ومن ثم يجب توافر أهلية التصرف ، ولا بد فيمن يدخل عضوا في ملكية الأسرة أن يكون كامل الأهلية أى بالغاً من الرشد غير محجور عليه . فإذا كان غير متوافر الأهلية ، وجبت مراعاة الأحكام التى قررها قانون الولاية على المال في شأن التصرف في أموال القاصر . وعلى ذلك إذا كان بين أعضاء الأسرة من هو قاصر أو محجور عليه ، وجب على الوصى أو القيم الحصول على إذن المحكمة لإدخال ماله ضمن ملكية الأسرة .

٦٤٣ - الركن الثانى - أعضاء أسرة واحدة : والأصل أن يكون للشركاء في ملكية الأسرة هم وريثة المتوفى ، إذ يكون مورثهم قد ترك لهم مستغلا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا ، ويكون من المصلحة المحافظة على وحدة هذا المستغل بإبقائه في الشبوع وترك أحد الورثة يديره مع إعطائه سلطات واسعة في الإدارة . والورثة يكونون من ذوى القربى ، فيما عدا الزوج والزوجة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ .

(٢) هذا إلى أنه لو أدخل عضو الأسرة مالا مفرزا مملوكا له في ملكية الأسرة ، لم يستغلا بين أعضائها ، كان في هذا ضرب من التصرف في المال المفرز بجملة شائعا (انظر في هذا المعنى إسماعيل هاشم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٦ - وانظر في أنه تكفى أهلية الإدارة محمد كامل مرمى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ - محمد على عرفة ٣٤٩ ص ٤٦٧) .

فليس من الضروري أن تقوم بينهما قرابة . فالقول بأن أعضاء الأسرة يجب أن يكونوا من ذوى القربى فيه شيء من التضيق ، وينبغي أن تنسج عضوية الأسرة لتشمل الزوج والزوجة . فليس من المتصور أن تقوم ملكية الأسرة ما بين أولاد الأعمام . ولا تقوم ما بين الزوج والروحة^(١) . إذن ينبغي تجنب القول بأنه لتحديد من هم أعضاء الأسرة يجب الرجوع إلى المادة ٣٤ مدني وهي تنص على أن « ١ - تتكون أسرة الشخص من ذوى قرابه . ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . والأولى أن تؤخذ « الأسرة » بالمعنى المألوف في كلام الناس . فتدخل في أعضاء الأسرة الزوجة والزوج^(٢) ، بل لا مانع من دخول الأصهار إذا كان هناك مقتضى لذلك^(٣) . والاضابط للأسرة هنا ليست هي القرابة ، بل هي « وحدة العمل والمصلحة » ، إذ تقول المادة ٨٥١ مدني في صدرها . كما رأينا^(٤) ، « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين يجمعهم وحدة العمل أو المصاحبة » . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية : « فيجب أن يكون الشركاء اذن أعضاء أسرة واحدة ، ولا يشترط أن يكونوا إخوة » ، وإنما يشترط أن يجمعهم وحدة مشتركة في العمل أو المصاحبة . كما إذا اتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معينا يقتضي وحدة الإدارة ، وكما إذا كان مال الأسرة تركة بحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على خير الوجوه^(٥) .

(١) انظر في معنى أن أعضاء الأسرة الواحدة يجب أن يكونوا من ذوى القربى ، فلا تعد ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ - محمد علي عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٢ ص ٢٠٦ - حسن كيرة فقرة ١٦٧ ص ٥٧٦ .

(٢) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤ - منصور مصطلح منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ .

(٣) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباق فقرة ١٧٤ - عبد المنعم فزج الصدة فقرة ١٧٧ - وسرى أن الأجنبي قد يدخل في ملكية الأسرة ، ولكن لا يكون ذلك ابتداء ، بل نتيجة لبيع أحد أعضاء الأسرة نصيبه لهذا الأجنبي أو لملك الأجنبي النصيب جبرا على عضو الأسرة ، ثم رضا الأجنبي وباقي الشركاء دخول الأجنبي شريكا معهم (م ٨٥٣ / ٢ مدني) - وانظر مايل فقرة ٦٤٧ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ - ويندب الأستاذ إسماعيل غانم إلى أن -

ويستخلص من ذلك أنه يجب فهم الأسرة ، فهما مرنا ، يتكيف بحسب الظروف . فجميع الورثة ، ولو كان من بينهم الزوج أو الزوجة ، يعتبره ذ أعضاء أسرة واحدة . كذلك لو كان للزوج أو الزوجة أخ مثلا يشترك معه في مال شائع ، وأراد الأخ إدخال هذا المال الشائع في ملكية الأسرة ، فيجب النظر فيما إذا كانت وحدة العمل أو المصلحة تبرر دخول هذا المال في ملكية الأسرة .

ولكن يجب على كل حال التقيد بمعنى الأسرة ، ولو على النحو الواسع الذي قدمناه . فلا يكفي أن تقوم بين الشركاء في ملكية الأسرة صداقة وثيقة إذا لم يكونوا من أسرة واحدة ، ولو دعمت هذه الصداقة بدعائم قوية من وحدة العمل أو المصلحة .

٦٤٤ - الركن الثالث - أموال مملوكة لأعضاء الأسرة : ونقول العبارة الأخيرة من المادة ٨٥١ مدني : « وتتكون هذه الملكية (ملكية الأسرة) ، إما من تركة ورثوها وانفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم انفقوا على إدخاله في هذه الملكية » . وتتكون ملكية الأسرة عادة ، كما قدمنا ، من تركة يستبقها الورثة على الشروع لتدار إدارة شتركة تنسج فيها سلطات المدير ، سعيًا وراء حسن الاستغلال واحتفاظا بوحدة التركة . فهي ، أكثر ما تكون ، مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري كما سبق القول (١) . ولا يوجد ما يمنع من أن يضاف إلى التركة مال آخر شائع أو مال مفرز ، لإدخاله في ملكية الأسرة . بل لا يوجد ما يمنع من أن يتفق أعضاء

= المشرع ، إذ نص في المادة ٨٥١ على وحدة العمل أو المصلحة ، لم يكن يبين شرطًا يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة ، بل كان يريد الإشارة في النص إلى العلة التي من أجلها يقدم أعضاء الأسرة على إبرام هذا الاتفاق » (إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥) . وانظر في هذا المعنى أيضاً منصور مصطلح منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ .

(١) والمشرع يحرص عادة على استبقاء وحدة هذه المستغلات ، حتى أنه تنص في المادة ٩٠٦ مدني على أنه « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدم على الاضطلاع به .. » . وقد ترى الورثة استبقاء المستغل شائعاً بينهم مع إدخاله في ملكية الأسرة ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم .

الأسرة الواحدة ابتداء على تقديم كل منهم مال مفرز يملكه ، لتكون من هذه الأموال المنرزة ملكية الأسرة الشائعة ، كما يفعل الشركاء عندما يؤسسون شركة ، غير أن الشركة تعتبر شخصا معنويا هو المالك لهذه الأموال ؛ أما ملكية الأسرة فتبقى مالا مملوكا على الشيوخ لأعضاء الأسرة لا مالا مملوكا لشخص معنوى . ويجوز أن تتجمع كل هذه العمليات ، فيبدأ أعضاء الأسرة بتركة شائعة فيما بينهم ، ثم يضيفون إليها ، بعد أن تكون ملكية الأسرة وتبدو بشائر نجاحها ، أموالا أخرى شائعة أو مفرزة مملوكة لأعضاء الأسرة ، إما مرة واحدة ، أو مرة بعد أخرى (١) .

والمهم أن يكون المال الذى يقدمه عضو الأسرة مملوكا له ملكية حالة ، فلا يجوز أن تكون ملكية الأسرة من أموال مستقبلية ، كأن تكون تركة مستقبلية ، على أن كل تعامل فى تركة مستقبلية ولو بطريق تكوين ملكية الأسرة باطل (٢) .

ويصح أن يكون المال عقارا أو منقولا ، وإن كان الغالب أن يكون عقارا أو منقولا معنويا كالمشجر والمصنع . وإذا كان عقارا وجب تسجيله طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، حتى لو كان هذا العقار مملوكا على الشيوخ بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة (٣) .

٦٤٥ - الركن الرابع - مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة : وملكية الأسرة لا بد أن تكون موقته ، ولا يجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة . ويجب التمييز هنا بين فرضين : فلما أن تكون مدة قد حددت فى الاتفاق ، أو لم نحدد مدة ما .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتكون ملكية الأسرة عادة من تركة يلقبها الـ رثة ، كلها أو بعضها ، فى الشيع سيارا وحسن الاستغلال . ويجوز أيضا أن يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم ولا يكون من تركة مشتركة ، وهذا أقرب إل الشركة ، ويكون المقصود من ذلك استغلال هذا المال استغلالا معينا يقتضى وحدة الإدارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ - ص ١٥٣) .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ .

(٣) محمود شوقى فى الشهر العقارى طما وملا سنة ١٩٥١ ص ٢٢٤ - محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٧ - إسماعيل خانم فقرة ١٤٠ ص ٢٢٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٢٤ .

فإذا حددت مدة في الاتفاق ، وجب ألا تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة كما قدمنا . ويصح أن تكون المدة أقل من خمس عشرة سنة . عشر سنين أو أقل أو أكثر ، والمهم ألا تزيد على خمس عشرة سنة^(١) . فإذا حددت مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، تقيد بها الشركاء في ملكية الأسرة ، وأصبح لزاما أن يستبقوا أموالهم داخلة في هذه الملكية طوال المدة المحددة . ومن هنا نرى أن ملكية الأسرة أطول بقاء وأكثر استقرارا من الشيوع العادى ، وهذه هى ميزتها . ففي الشيوع العادى لا يمكن الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات ، وهنا قد تطول المدة إلى خمس عشرة سنة . ويجوز ، بعد انقضاء المدة المحددة ابتداء ، أن تجدد المدة مرة ثانية فثالثة وهكذا . ولكن التجديد لا يكون إلا بعد انقضاء المدة السارية ، وإلا حسبت المدة الجديدة من وقت التجديد لا من وقت انقضاء المدة السارية ، وذلك على النحو الذى قدمناه في الشيوع العادى^(٢) . فإذا لم تجدد المدة بعد انقضائها ، ولم يطلب أحد القسمة ، بقى أعضاء الأسرة في الشيوع ، ولكن الشيوع هنا يكون شيوعا عاديا لا شيوع ملكية الأسرة^(٣) . ولكن مادام شيوع ملكية الأسرة قائما ، لا يجوز فى الأصل لأحد من الشركاء أن يخرج نصيبه من هذه الملكية . ومع ذلك يجوز ، على سبيل الاستثناء ، للشريك أن يطلب من المحكمة الإذن فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد مبرر قوى لذلك « (م ١/٨٥٢ مدنى) »^(٤) . فقد يجد أحد الشركاء نفسه ، قبل انقضاء المدة المحددة ، فى حاجة ملحة للمال الذى وضعه فى ملكية الأسرة ، أو يكون قد انتقل من الجهة التى كان يقيم فيها بجوار ملكية الأسرة فلا يعود مستطيعا أن يتابع سير العمل والإدارة فى هذه الملكية ، أو تكون العلاقة بينه

(١) « وإذا اتفق أعضاء الأسرة على مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، أنقصت إلى هذا الحد » (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٢) انظر آفا فقرة ٥٣٧ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد المدة بعد انقضائها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٣) إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ .

(٤) انظر آفا فقرة ٦٤٠ .

وبين أعضاء الجمعية الآخرين قدساعات إلى أحد لا يرجي معه العودة إلى التفاهم (١).

وإذا لم تحدد الملكية الأسرة مدة في الاتفاق . « كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه » (م ٢/٨٥٢ مدني (٢) . فالإتفاق غير محدد المدة على ملكية الأسرة يكون إذن عرضة لأن يخرج أى شريك منه بعد ستة أشهر من إعلان يوجهه إلى سائر الشركاء . ولا يشترط شكل خاص في الإعلان ، فقد يكون إنذاراً على يد محضر ، وقد يكون كتاباً مسجلاً أو غير مسجل ، وقد يكون شفويًا ولكن يقع عبء إثباته على الشريك الخارج (٣) . وفي ملكية الأسرة الزراعية ، فراعى المواعيد التي يحددها العرف الزراعي . وقد كان في المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٨٥٢ مدني عبارة في هذا المعنى ، ولكنها حذفت في لجنة مجلس الشيوخ . ولا يوجد ما يمنع من مراعاة هذا الحكم بعد حذف هذه العبارة ، فإن الحكم نفسه يتفق مع القواعد العامة (٤) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « عل أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه إذا كان هناك مبرر قوى لذلك ، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر ، أو احتاج إلى مال ، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٠ .

(٣) وإذا أخرج أحد الشركاء نصيبه ، بعد انقضاء ستة أشهر من الإعلان أو لوجود مبرر قوي فيما إذا كانت هناك مدة محددة ، فإن هذا لا يعتبر قسمة المال الشائع بين الشركاء . فيصح أن يكون إعطاء الشريك نصيبه عن طريق التجنب ، بل يصح إعطاؤه مقابل نصيبه نقداً إذا تعذر التجنب (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ هامش ٢) .

(٤) فالعرف الزراعي مثلاً يقضى بوجوب انتظار حتى الحصول ، فيجب تحكيم هذا العرف في خصوص إخراج أحد الشركاء لنصيبه في ملكية الأسرة (محمد علي عرفة فقرة ٣٥٠ ص ٤٦٨) . وقد جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ التي حذفت النص الخاص بالعرف الزراعي ، تبريراً لهذا الحذف ، ما يأتي : « لأن العرف الذي يشير إليه النص لم ينشأ بعد ، وهو إن نشأ في المستقبل فلن يكون هناك ما يحول دون تطبيقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ - وانظر آنفاً فقرة ٦٤٠ ص ١٠٤٤ هامش ١) . وانظر في هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٨ هامش ١ .

المبحث الثاني

أحكام ملكية الأسرة

٦٤٦ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٨٥٣ مدني على ما يأتي :

١ - ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة ، إلا بموافقة الشركاء جميعاً .

٢ - وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه ، فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي الشركاء .

وتنص المادة ٨٥٤ مدني على ما يأتي :

١ - للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر . وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

٢ - ويجوز عزل المدير بالطريقة التي عين بها ولو اتفق على غير ذلك ، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أي شريك إذا وجد سبب قوي يبرر هذا العزل .

وتنص المادة ٨٥٥ مدني على ما يأتي :

« فيما عدا الأحكام السابقة ، تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٨٥٣ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق - استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن للمادة الأخيرة من الفقرة الثانية في المشروع التمهيدى كانت تجري على نثرجه الآن : « لا يشترك الأجنبي في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي »

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٨٠٨ -

٨١٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٥٧ - ٨٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي

لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

ويؤخذ من هذه النصوص أن ملكية الأسرة هي منكنة شائعة بين عدد من أعضاء أسرة واحدة ، يملكها هؤلاء الأعضاء على الشيوع ، وليست شخصا معنويا تستند إليه هذه الملكية . وهي كملكية شائعة تخضع في الأصل لأحكام هذه الملكية إلا فيما تميزت به من أحكام ، وكملكية يوكل فيها الشركاء واحداً

- الشركاء . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٢ . وفي لجنة المس الشيخ استبدلت عبارة « فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة » بعبارة « فلا يشترك الأجنبي في ملكية الأسرة » ، وجاء في تقرير اللجنة تبريراً لهذا التعديل « أن المراد هو نفي صفة الشريك عن الأجنبي ، والتعديل يجعل هذا المعنى أوضح » . وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٣ ، ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ - ص ١٤٩) .

م ٨٥٤ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . فيما عدا أن النقرة الأولى من المشروع التمهيدي كانت تجا على الترجمة الآتية : « ... وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيرات ومن التعديل في الف ... » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ رؤى الاختصار بالنسبة إلى سلطة المدير على التغير في الف الذي أعد له المال المشترك دون التعديل في المال المشترك ، ولذلك استبدلت عبارة « وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغير » بعبارة « وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيرات ومن التعديل » . وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٤ ، ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٩ - ص ١٥١) .

م ٨٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ - ص ١٥٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٠٨ - ٨١٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٧ - ٨٥٩ (مطابق)

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

منهم ليدبرها تخضع في الأصل لأحكام الوكالة ، فيما يتعلق بأعمال المدير ، والتزاماته (١) ، سواء كان ذلك في علاقة المدير بالشركاء (٢) أو في علاقته بالغير ، وذلك إلا فيما تميزت به هنا أيضاً من أحكام .

وتتميز أحكام ملكية الأسرة عن أحكام الشروع العادى وعن أحكام الوكالة في ناحيتين : ناحية تصرف الشريك في نصيبه ، وناحية إدارة ملكية الأسرة .

٦٤٧ - تصرف الشريك في نصيبه في ملكية الأسرة : يبقى نصيب الشريك شائعاً في ملكية الأسرة ، ولا يستطيع الشريك أن يطلب القسمة مادامت هذه الملكية قائمة . وقد يبنى على هذا النحو مجبراً على البقاء في الشروع مدة خمس عشرة سنة إذا حدد هذا الأجل في الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة ، وفي هذا تختلف هذه الملكية كما قدمنا عن الشروع العادى حيث لا يجبر الشريك على البقاء في الشروع أكثر من خمس سنوات .

وكما يرد هذا القيد على حق الشريك في طلب القسمة ، يرد قيد مماثل على حق الشريك في التصرف في نصيبه الشائع . وقد قدمنا أن الشريك يملك إخراج نصيبه من ملكية الأسرة إذا حدد لها أجل معين بشرط أن يقوم مبرر قوى لذلك ، ويملك فيما إذا لم يحدد للملكية الأسرة أجل معين إخراج نصيبه بعد انقضاء ستة أشهر من إعلانه الشركاء برغبته في ذلك . ونضيف إلى ذلك أمرين :

أولاً - إنه يملك ، دون إخراج نصيبه من ملكية الأسرة ، أن يتصرف في هذا النصيب (٣) إلى أحد الشركاء ، فيخرج هو من ملكية الأسرة وتزداد

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهت في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٤ .

(٢) ويرتب على ذلك أن سائر الشركاء يكونون مسئولين عما أصاب المدير من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً (م ٧١١ مدنى) ، وأنهم يكونون متضامنين قبل المدير في تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، وأن على المدير إذا كان مأجوراً أن يبذل في إدارة ملكية الأسرة عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤/٢ مدنى) ، وعليه أن يقدم حساباً عن إدارته (م ٧٠٠ مدنى) ، وأن له أن يتب من غيره ويتحدد مسئوليته هو ونائبه طبقاً لأحكام المادة ٧٠٨ مدنى . انظر في ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٥٣ .

(٣) سواء كان للتصرف مساواة أو تبرعاً . وسواء كان بالنزول أو بالرهن أو بغير ذلك -

حصة الشريك المتصرف إليه في هذه الملكية بقدر نصيب الشريك المتصرف . بل يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي لا لأحد الشركاء ، ولكن بشرط في ذلك موافقة باقي الشركاء . وفي هذا ضرب من المنع من التصرف إلا بموافقة الشركاء^(١) . فإذا تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي ، ووافق باقي الشركاء على هذا التصرف ، نفذ التصرف في حق باقي الشركاء . وحل الأجنبي محل الشريك ، لا في ملكية الأسرة . بل في نصيب الشريك الشائع . فيستطيع الأجنبي لإخراج هذا النصيب من ملكية الأسرة عن طريق التجنيب ، وقد يتفق الشركاء مع الأجنبي على إعطائه مقابلاً من النقود . أما إذا أريد أن يحل الأجنبي أيضاً محل الشريك في ملكية الأسرة ذاتها ، فلا بد في ذلك من موافقة أخرى تصدر من باقي الشركاء ، ولا بد أيضاً من موافقة الأجنبي نفسه على بقاء النصيب الذي انتقل إليه في ملكية الأسرة^(٢) . وهذا مثل نادر لدخول أجنبي

= من التصرفات (شقيق شحاتة في التأمين العيني طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ٢٧ ص ٣١ - عبد المنعم البدر أو فقرة ١٧٣ ص ٢٠٧ هامش ١ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٢٢٩ - وقارن سليمان مرقس في التأمينات العينية سنة ١٩٥١ فقرة ٢٢ ص ٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٣٩) .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا باع الشريك نصيبه بنذر موافقة الشركاء ، كان تعبيره باطلاً ، إذ البطلان هو جزاء المنع من التصرف (م ٨٢٤ مدني) . انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٣٥١ ص ٤٦٩ - عبد المنعم البدر أو فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ .

(٢) ونرى من ذلك أنه لا بد من صدور موافقة باقي الشركاء مرتين ، مرة عند تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي ، ومرة أخرى عند استثناء هذا النصيب في ملكية الأسرة ، وبهذا تنفي شبهة التعارض ما بين فقرتي المادة ٨٥٣ مدني ، وقد كانت هذه الشبهة أثيرت في لجنة مجلس الشيوخ ، إذ لاحظ أحد الأعضاء أن حكم الفقرة الثانية منقوض للحكم الوارد في الفقرة الأولى التي تخم حل الشريك المتصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء ، بينما الفقرة الثانية يفهم منها جواز التصرف لأجنبي ، فأجيب بأن حكم الفقرة الثانية وهو حكم خاص بالشريك الذي يتصرف في نصيبه بنذر التنفيذ بحكم الفقرة الأولى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٨) . ولا شك في أن الإجابة التي أدلى بها أمام لجنة مجلس الشيوخ خالية من الدقة . والصحيح - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - أن الأجنبي يحتاج إلى موافقة باقي الشركاء في كسب نصيب الشريك أولاً ، ثم يحتاج إلى موافقتهم مرة أخرى في إبقاء هذا النصيب في ملكية الأسرة . انظر في ذلك عبد المنعم البدر أو فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ - ص ٢٠٩ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٢٣٠ - حركية فقرة ١٦٨ ص ٥٨٠ - ص ٥٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٦٦ ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٤٠ - ص ٢٤١ - وقارن محمد علي عرفة فقرة ٣٥١ ص ٤٧٠ .

في ملكية الأسرة ، ولكنه لا يدخل ابتداء بل يدخل عقب تصرف أحد الشركاء في نصيبه .

ثانياً - إن دائن الشريك بملك التنافذ على نصيب الشريك في ملكية الأسرة ، فإذا نفذ عليها وباعها جبراً لأحد الشركاء ، اختص هذا الشريك بنصيب الشريك المنفذ عليه كما في الفرض السابق . ولكن قد يرسو مزيد نصيب الشريك المنفذ عليه على أجنبي لا على شريك ، فيصبح هذا الأجنبي هو المالك لنصيب الشريك . وله أن يخرج من ملكية الأسرة عن طريق التنازل أو عن طريق المقابل التقدي كما في الفرض السابق أيضاً . أما إذا أراد الأجنبي البقاء في ملكية الأسرة ، فلا بد هنا أيضاً من موافقة باقي الشركاء على ذلك ، ويكون هذا نادراً آخر للمدير أجنبي في ملكية الأسرة (١) .

٦٤٨ - إدارة ملكية الأسرة : وتتميز إدارة ملكية الأسرة بأنه يجوز

لشركاء أن يعينوا شريكاً منهم أو أكثر لإدارة هذه الملكية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٥٤ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر » . ويؤخذ من هذا النص أن من يملك تعيين المدير أو المديرين هم الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص ، أي أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، وأن المدير أو المديرين الذين يختارهم الشركاء لابد أن يكونوا من بين الشركاء أنفسهم ، فلا يصح أن يكون المدير أجنبياً كما يصح ذلك في الشروع العادي .

وكما يعين المدير بأغلبية الشركاء على النحو السالف الذكر ، كذلك يجوز عزله بهذه الأغلبية عينها ، حتى لو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله . بل إنه يجوز للمحكمة عزل المدير ، دون حاجة إلى أغلبية الشركاء ، إذا طلب

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « فإذا تملك أجنبي حصة أحد الشركاء ، سواء كان ذلك في بيع جبر ، أو كان في بيع اختياري يرضاء الشريك وموافقة سائر الشركاء ، فلا يشارك هذا الأجنبي مع ذلك في ملكية الأسرة إلا في حدود حصته » . وبقي الشركاء ... والغرض من هذا التقييد أن تبقى الملكية مقصورة على أفراد الأسرة بقدر الإمكان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

عزله أحد الشركاء ووجد سبب قوى يبرر هذا العزل . كأن كان المدير غير صالح لمهمته أو كان غير أمين .

ومتى عين مدير من الشركاء لإدارة مصلحة الأسرة ، كان لهذا المدير سلطات واسعة تزيد كثيراً على سلطات المدير في الشروع العادى . فمدير ملكية الأسرة يملك الإدارة العادية كما يملكها مدير الشروع العادى ، ويملك فوق ذلك الإدارة غير العادية ولا يملكها المدير في الشروع العادى . بل إنه لا معقب على إدارة المدير غير العادية هنا . وهذا بخلاف الإدارة غير العادية في الشروع للعادى فقد رأينا أن للأقايه حق الالتجاء إلى القضاء^(١) .

ولكن بلاحظ أنه إذا جاز لمدير ملكية الأسرة . في إدارته غير العادية ، أن يدخل على هذه الملكية من التغيير في الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، إلا أنه ترد على سلطته هذه قيدان : (القيد الأول) أنه لا يملك إدخال تعديلات في ملكية الأسرة ذاتها بأن يبدل أموالاً أخرى ببعض أموالها ، وكل ما يملكه هو التعديل في الغرض الذى أعد له المال لا التعديل في المال ذاته^(٢) . (والقيد الثانى) أنه يجوز للشركاء ، بالأغلبية للعادية التى سبقت الإشارة إليها ، أن يقيدوا من سلطات المدير الواسعة ، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه ، فيقتصروها مثلاً على الإدارة العادية ، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الإدارة غير العادية .

وليس من الضروري أن يعين الشركاء مديراً لملكية الأسرة ، وإن كان هذا هو الطريق الأسير . فيجوز أن يتولى الشركاء أنفسهم الإدارة ، العادية منها وغير العادية ، ويكون كل ذلك بالأغلبية العادية المشار إليها سابقاً . ولا يجوز للأقلية الاعتراض أمام المحكمة على الإدارة غير العادية ، كما يصح

(١) انظر اتفاقية ٥٠١ .

(٢) انظر التبدل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيخ في هذا الصدد آنفاً فقرة ٦٤٦

بص ١٠٥٢ هامش ١ .

ذلك في الشروع العادى^(١) . وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا لم يعين مدير للملكية الأسرة ، طبقت القواعد العامة في إدارة الشروع العادى ، فلا يكون للأغلبية العادية سوى القيام بأعمال الإدارة العادية^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١١٢ من ٣٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ من ٢٣٨ .

١ (٢) محمد على عرفة فقرة ٣٥٣ - عبد المائم البدر اوى فقرة ١٧٥ - حسن كبيرة فقرة ١٣٨ من ٤٣١ .

فهرس

صفحة

بيان ١

القسم الأول

الأشياء المادية

والأشياء غير المادية

تمهيد

- الأشياء وتقسيمها إلى مادية وغير مادية - الشيء والمال ... ٥
الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها ... ٧
الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون ... ٧
الحقوق المالية التي يكون الشيء محلا لها : ... ٨
التمييز بين الشيء المادي والشيء غير المادي ... ٩
التمييز بين الشيء والمال ... ٩

الباب الأول

الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها

- تقسيمات الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها ... ١٠

الفصل الأول - تقسيمات الأشياء المادية

- الفرع الأول - تقسيم الأشياء المادية إلى عقار منقول ... ١١

- فصل التفرقة بين العقار والمنقول ... ١٣

- ما يترتب من النتائج على تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول ... ١٦

- المبحث الأول - العقار ... ١٩

- العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص ... ١٩

- المطلب الأول - العقار بطبيعته ... ١٩

- الأرض ... ٢٠

صفحة

النبات	٢٢
المباني والمنشآت :	٢٤
اندماج المباني والمنشآت في الأرض	٢٥
المنشآت المؤقتة	٢٥
أجزاء البناء المكتملة له	٢٧
آلات الري والطواحين والمطاحن والمحارج	٢٨
المطلب الثاني - العقار بالتخصيص	٢٩
ما هو العقار بالتخصيص - مقابلة بين نصوص التقنين المدني الفرنسي ونصوص	
للتقنين المدني المصري	٢٩
§ ١ - شروط العقار بالتخصيص :	٣٢
(الشرط الأول) اتحاد المالك :	٣٢
المالك أو نائبه	٣٤
المالك في الشروع	٣٤
الحائز...	٣٥
انفصال ملكية العقار عن ملكية المتقول	٣٦
(الشرط الثاني) التخصيص :	٣٦
المتقول مخصص لخدمة العقار	٣٦
لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة	٣٧
لا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا	٣٨
وجوب أن يكون التخصيص أمرا واقعا - لا تكفي إرادة المالك وحدها	٣٩
الاستغلال الزراعي :	٤٠
المواشي المخصصة للزراعة	٤٠
آلات الحث والآلات الزراعية الأخرى	٤٢
البذور والتبن والسماد	٤٣
حمام الأبراج وأرانب الأوكار وخلايا النحل ودود القز	
وأسماء البرك	٤٤
المعاصر والمراجل والأنابيب والخوانق والدنان	٤٤
الاستغلال الصناعي	٤٥
الاستغلال التجاري	٤٦
خدمة العقار وتزيينه والاستغلال المدني :	٤٩
خدمة العقار وتزيينه	٤٩
الاستغلال المدني	٥٠

مقدمة

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التخصيص : ٥١

صيرورة المنقول بالضبط عقارا حكما ٥١

الفروق بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته : ٥١

حجز العقار لا حجز المنقول ٥٢

الرهن الرسمي وحق الاختصاص ٥٣

عدم الانفصال عن العقار الأصل ٥٣

رسوم التسجيل ٥٤

الفروق بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته : ٥٤

قيام نفس مالك العقار الأصل بسلبية التخصيص ٥٥

عدم فقد المذخر بالتخصيص لذاتيته كمنقول ٥٥

فصل العقار بالتخصيص عن العقار الأصل عند نزع الملكية ٥٦

العقار بالتخصيص يجوز أن يكون محلا لمحرمة السرقة ٥٧

مضى ينتهي التخصيص فتعود للعقار بالتخصيص صفة الأصلية

كمنقول بطبيعته ٥٧

إمكان الاستثناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التجمية ٦٠

المبحث الثاني - المنقول ٦٣

المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل ٦٣

المطلب الأول - المنقول بطبيعته ٦٤

كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف ٦٥

التجار الكهربائي والقار ومواد البناء وأجزاء البناء المهدمة ٦٦

المتنولات الخاصة للقيود أو المتنولات ذات الطبيعة الخاصة : ٦٧

السفن والمراكب ٦٧

الطائرات ٦٨

المطلب الثاني - المنقول بحسب المآل ٧١

نصوص متفرقة تعرض لمتنولات بحسب المآل ٧١

شروط المنقول بحسب المآل : ٧٣

التعامل جرى على أساس ما يصير إليه العقار في المآل ٧٣

المصير المحقق القريب للعقار هو أن يصبح متنولا ٧٤

تطبيقات مختلفة للمنقول بحسب المآل : ٧٦

المحصول والثمار ٧٦

خشب الأشجار ٧٨

أنقاض البناء ٧٨

صفحة

- المعادن والأحجار في المناجم والمهاجر ... ٨٠ ...
 بيع المنقول بحسب المال بيع منقول لا بيع عقار فلا يخضع لتسجيل
 وتسرى عليه سائر أحكام بيع المنقول ... ٨٢ ...
الفرع الثاني - تقسيمات أخرى للأشياء المادية ... ٨٢ ...
المبحث الأول - القابل للاستهلاك وغير القابل له - المثلث والقيمي ٨٣
المطلب الأول - الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ٨٣
 التمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ... ٨٤ ...
 أهمية هذا التمييز ... ٨٥ ...
المطلب الثاني - المثلث والقيمي ... ٨٦ ...
 التمييز بين الشيء المثلث والشيء القيمي ... ٨٧ ...
 المقابلة ما بين المثلث والقيمي وبين القابل للاستهلاك وغير القابل له ٨٨
 أهمية التمييز بين الشيء المثلث والشيء القيمي ... ٩٠ ...
المبحث الثاني - الأشياء العامة والأشياء الخاصة ٩٠
 التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ... ٩٠ ...
المطلب الأول - الأشياء العامة ... ٩١ ...
 كيف نبت التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ... ٩٣ ...
§ ١ - التخصيص للمنفعة العامة هو معيار الأشياء العامة ٩٧
 معيار الأشياء العامة الذي أخذ به التقنين المدني المصري هو معيار
 التخصيص للمنفعة العامة - نبت المعايير الأخرى : ... ٩٧ ...
 معيار عدم قابلية الشيء للملكية الخاصة ... ١٠٠ ...
 معيار تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور ... ١٠١ ...
 معيار تخصيص الشيء لمرافق عام ... ١٠١ ...
 المعيار الذي استقر : تخصيص الشيء للمنفعة العامة ... ١٠٢ ...
 تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمي ... ١٠٣ ...
 تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعل ... ١٠٤ ...
 تخصيص الشيء المملوك للأفراد للمنفعة العامة ... ١٠٦ ...
§ ٢ - أمثلة للأشياء العامة أي للأشياء المخصصة للمنفعة العامة ١٠٩
 تعداد للأشياء العامة : ... ١٠٩ ...
 أشياء عامة أرضية : ... ١١١ ...
 الطق والشوارع والقناطر والحواري ... ١١١ ...
 السكك الحديدية وخطوط التلفراف وخطوط التلفون
 ووسائل النقل العام ... ١١٣ ...

صفحة

أشياء عامة نهرية :	١١٥
نهر النيل	١١٥
الزرع العامة والمصارف العامة والمين والمرافق والأرصقة	١١٦
أشياء عامة بحرية :	١١٧
شواطئ البحر	١١٧
البراري، المستنقعات والبحيرات والمراسي والأحواض	١١٨
أشياء عامة حربية :	١١٩
الحصون والقلاع والخنادق والأسوار ومناطق الاستحكامات	
والترسانات والكنكات	١١٩
مصانع الذخيرة والذخائر والأسلحة والأسطول الحربي	
والطائرات الحربية والمهمات الحربية	١١٩
أشياء عامة ذات غرض ديني أو خيرى :	١٢٠
الماجد	١٢١
المستشفيات والمبرات ودور التعليم والملاجئ العامة	١٢٢
الجبانات والمقابر	١٢٢
المباني الحكومية :	١٢٤
المنافع والمكتبات العامة والأسواق العامة والحدائق العامة	
والسلخانات والبرصات	١٢٥
المدارس والجامعات والمحاكم والسجون والإصلاحيات	١٢٥
دور الحكومة	١٢٥
المنقولات :	١٢٥
المستندات والوثائق والنحف والنماثيل والآثار والكتب	
والمخطوطات	١٢٦
النقود :	١٢٦
مراكب النقل والبريد والطائرات غير الحربية	١٢٦
حقوق الارتفاق الإدارية	١٢٧
حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع	١٢٧
حقوق التطرق المتعلقة بجارى المياه	١٢٧
الحقوق المتعلقة بالأشغال العامة	١٢٧
الحقوق المتعلقة بالأعمال الحربية	١٢٧
٣ - تكييف حق الدولة فى الأشياء العامة	١٢٨
الرأى الذى ينشأ ملكية الدولة لشيء العام فى فرنسا	١٢٩

صفحة

- الرأى الذى يثبت ملكية الدواة لشيء العام فى فرنسا ... ١٣٠
- الرأى الذى يثبت ملكية الدولة لشيء العام فى مصر ... ١٣٢
- الرأى الذى يثبت ملكية الدولة لشيء العام فى مصر ... ١٣٤
- بعد صدور التفتيش المدنى المصرى الجديد : للدولة حق الملكية
فى الشيء العام ... ١٣٧
- § ٤ - الأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة ... ١٤٢
- (أ) حق الشخص الإدارى هو حق ملكية : ... ١٤٣
- دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة ... ١٤٣
- تملك الثمار والحاصلات ... ١٤٤
- تملك العلى والركاز المدفون ... ١٤٦
- حق التمريض ... ١٤٦
- تعدد الدومين العام ... ١٤٧
- (ب) حق الشخص الإدارى هو حق مقيد بالتخصيص للمنفعة العامة : ... ١٤٩
- عدم جواز التصرف فى الشيء العام ... ١٤٩
- عدم جواز الحجز على الشيء العام ... ١٥١
- عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم ... ١٥٢
- المطلب الثانى - الأشياء الخاصة ... ١٥٤
- § ١ - أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة ... ١٥٤
- الدومين الخاص ... ١٥٤
- التركات التى لا وارث لها ... ١٥٦
- الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها ... ١٥٨
- أموال المشروع العام من مؤسسات عامة وشركات عامة ... ١٥٨
- § ٢ - تحول الأشياء العامة إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها
للمنفعة العامة ... ١٦٠
- كيف ينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة فيصبح شيئاً خاصاً ... ١٦١
- انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمى ... ١٦٣
- انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعل ... ١٦٤
- § ٣ - تكييف حق الدولة فى الأشياء الخاصة والأحكام التى
تخضع لها هذه الأشياء ... ١٦٦
- حق الدولة فى الأشياء الخاصة هو حق ملكية مدنية محض ... ١٦٦
- جواز التصرف فى الأشياء الخاصة وجواز الحجز عليها ... ١٦٧

سنة

١٦٨ مدم جواز تملك الأشياء الخاصة بالتقادم

لتشريعات الخاصة بالإدارة الحكومية لأشياء خاصة وانصرف

١٧٠ فيها - قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ :

القواعد الواجب اتباعها في تأجير العقارات المملوكة للدولة

١٧١ ملكية خاصة وفي التصرف فيها :

١٧٢ الأراضي الزراعية

١٧٣ الأراضي البور والأراضي الصحراوية

١٧٦ الأراضي الفضاء والعقارات المبنية

١٧٦ أحكام عامة تسمى على جميع الأراضي

١٧٨ أثر أحكام قانون سنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى الوقائع التي سبقت صدوره

الفصل الثاني - الحقوق التي ترد على الأشياء المادية (أو الأموال)

١٨٠ الأموال والذمة المالية

الفرع الأول - الأموال وتقسيمها إلى حقوق عينية وحقوق

١٨١ شخصية

١٨١ تقسيم المال إلى حق عيني وحق شخصي

المبحث الأول - بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي وتقسيم

١٨٢ الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار ومنقول

١٨٢ المطلب الأول - بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي

تعريف كل من الحق العيني والحق الشخصي - إحالة إلى ما تقدم في

١٨٢ نظرية الالتزام

١٨٣ محاولة هدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي

١٨٣ محاولة هدم التمييز بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي

١٨٥ محاولة هدم التمييز بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني

١٨٦ بقاء التمييز قائما ما بين الحق العيني والحق الشخصي

١٨٨ الالتزام العيني

١٨٨ أمثلة للائتمان العيني

١٩٠ خصائص الالتزام العيني

المطلب الثاني - تقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار

١٩٢ ومنقول

١٩٤ § ١ - الحقوق والدعوى العقارية

١٩٤ الحقوق المبنية الأصلية التي تقع على عقار

صفحة

الحقوق العينية التبعية التي تقع على عقار	١٩٥
الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار	١٩٦
دعوى الضمعة	١٩٧
§ ٢ - الحقوق والدعاوى المنقولة	١٩٨

كل الحقوق والدعاوى التي ليست عقارية تكون منقولة	١٩٨
الحقوق العينية التي تقع على منقول	١٩٩
الحقوق الشخصية أيا كان محلها	١٩٩
الإيرادات المؤبدة والمؤقتة	٢٠١
الأسهم والحصص في الشركات	٢٠٢
التاجر	٢٠٦
الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية	٢٠٦
الدعاوى المنقولة - دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع - دعوى	

تكلفة الثمن بسبب الغبن	٢٠٦
دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع	٢٠٨
للمبحث الثاني - الحق العيني	٢٠٩

المطلب الأول - خصائص الحق العيني	٢٠٩
---	-----

خصائص الحق العيني ترجع إلى أن هذا الحق هو سلطة مباشرة للشخص

على شيء معين	٢٠٩
محل الحق العيني هو البارز أما المدين بالحق فيختل	٢١٠
التخل عن الشيء في الحق العيني	٢١١
الحيازة في الحق العيني	٢١١
التبعية في الحق العيني	٢١٢
التقدم في الحق العيني	٢١٣

للمطلب الثاني - الحقوق العينية المذكورة على سبيل

الحصر - تقسيمها ومفردات كل قسم	٢١٤
---------------------------------------	-----

خلاف في فرنسا فيما إذا كانت الحقوق العينية مذكورة على

سبيل الحصر :	٢١٤
الرأي الأول في فرنسا - الحقوق العينية غير المذكورة على	
سبيل الحصر	٢١٤
الرأي الثاني في فرنسا - الحقوق العينية المذكورة على	
سبيل الحصر	٢١٥

- في مصر الإجماع منعقد على أن الحقوق العينية المذكورة على
 ٢١٦ سبيل الحصر
 ٢٢٢ تقسيم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية ومفردات كل قسم :
 ٢٢٣ مفردات الحقوق العينية الأصلية
 ٢٢٣ مفردات الحقوق التبعية
 ٢٢٣ الفرع الثاني - الذمة المالية والحلول العيني
 ٢٢٣ معنى الذمة المالية والحلول العيني
 ٢٢٤ المبحث الأول - الذمة المالية
 ٢٢٤ النظرية التقليدية وقدها
 ٢٢٥ المطلب الأول - النظرية التقليدية في الذمة المالية
 ٢٢٥ العناصر التي تتكون منها الذمة المالية
 ٢٢٧ § ١ - الذمة المالية مجموع من المال
 اندماج عناصر الذمة المالية في مجموع من المال يفسر
 ٢٢٧ مسائل ثلاثاً :
 ٢٢٨ المسألة الأولى - الذمة المالية هي الضمان العام للدائنين
 ٢٣٠ المسألة الثانية - انتقال حقوق المورث وديونه إلى الوراث
 المسألة الثالثة - صلاحية فكرة المجموع من المال أساساً للنظرية
 ٢٣١ الحلول العيني
 ٢٣٢ § ٢ - الذمة وشخصية صاحبها
 اندماج الذمة المالية في شخصية صاحبها تترقب عليه نتائج ثلاث
 ٢٣٢ النتيجة الأولى - الشخص وحده هو الذي تكون له ذمة
 ٢٣٣ مالية وكل شخص له حتماً ذمة مالية
 ٢٣٤ النتيجة الثانية - الذمة المالية لا تنفصل عن شخص صاحبها
 النتيجة الثالثة - لكل شخص ذمة مالية واحدة فلا تجزأ
 ٢٣٥ الذمة المالية ولا تعدد
 ٢٣٥ المطلب الثاني - نقد النظرية التقليدية في الذمة المالية
 ٢٣٥ نوعان من النقد
 ٢٣٦ § ١ - نقد النظرية في بعض جزئياتها
 ٢٣٦ المبالغة في ربط الذمة المالية بالشخصية
 الأولى إدخال فكرة التخصيص لغرض معين فيصبح الحق وظيفة
 ٢٣٦ اجتماعية أكثر منه سلطة في يد شخص

صفحة

- جواز تعدد الذمة المالية ٢٣٧
- جواز انتقال الذمة المالية من صاحبها إلى الغير حال الحياة ... ٢٣٩
- بقاء الذمة المالية مع ذلك مرتبطة بالشخص فلا تقوم ذمة مالية دون صاحب تستند إليه ٢٤١
- § ٢ - نقد النظرية في أساسها ٢٤٢
- نقد فكرة المجموع من المال ٢٤٢
- تفسير آخر لفكرة الضمان العام للدائنين ٢٤٢
- تبرير آخر لانتقال حقزق المورث وديونه إلى الوارث ... ٢٤٤
- أساس آخر لنظرية الحلول العيني ٢٤٤
- نقد فكرة الاندماج في الشخصية ٢٤٦
- قابلية الذمة المالية للانفصال عن شخص صاحبها ٢٤٦
- جواز تجزئة الذمة المالية وتعددتها ٢٤٦
- إلى أى حد يمكن القول بهدم النظرية التقليدية في الذمة المالية ... ٢٤٨
- بقاء النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة المجموع من المال ... ٢٤٨
- فكرة المجموع من المال يقوم عليها تقسيم الخلف إلى خلف هام وخلف خاص ٢٤٩
- فكرة المجموع من المال هي خير تفسير للدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية ٢٤٩
- انهدام النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة الاندماج في الشخصية ٢٥٠
- المبحث الثاني - الحلول العيني ٢٥١
- النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ٢٥٢
- المطلب الأول - النظرية التقليدية في الحلول العيني ٢٥٢
- § ١ - بسط النظرية التقليدية ٢٥٢
- شروط الحلول العيني ٢٥٢
- أثر الحلول العيني ٢٥٣
- § ٢ - انتقاد النظرية التقليدية ٢٥٣
- الأسس الثلاثة التي قامت عليها النظرية التقليدية : ... ٢٥٣
- الأصل التاريخي - عدم صحة نسبة النظرية التقليدية إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ٢٥٤
- التمييز بين المجموع من المال والمال المنفرد بذاته لا يقوم على أساس ٢٥٥
- لا محل للقول بالهجاز القانوني ٢٥٧

صفحة

المطلب الثاني - النظرية الحديثة في الحلول العيني ٢٥٧

§ ١ - بسط النظرية الحديثة ٢٥٧

حالتان للحلول العيني - الحلول العيني ليس مجارا قانونيا ... ٢٥٧

الحالة الأولى - مجموع من المال واجب الرد ٢٥٨

الحالة الثانية - شيء خصص لفرض معين ٢٥٩

رد حالتى الحلول العيني إلى حالة واحدة هي حالة المصروع النظام

قانونى معين ٢٦١

§ ٢ - تطبيقات للحلول العيني في القانون المدني المصرى ... ٢٦٢

عدم وضع قاعدة عامة لحل العيني في القانون المدني المصرى ... ٢٦٢

نصوص في التقنين المدني المصرى تقرر الحلول العيني ... ٢٦٣

الطائفة الأولى من النصوص - انتقال التأمينات العينية من العين

التي كانت مثقلة بهذه التأمينات إلى الموضع الذى حل حلولا عينيا

حل هذه العين (الرهن الرسمى - حق الاختصاص - رهن الحيازة

- حقوق الامتياز - عقد التأمين من الحريق - الشفعة) ... ٢٦٣

الطائفة الثانية من النصوص - انتقال الحق في الحبس من الشيء

إلى ثمنه بحكم الحلول العيني ٢٦٦

الطائفة الثالثة من النصوص - انتقال حق الانتفاع من الشيء إلى

موضعه بحكم الحلول العيني ٢٦٦

تطبيقات أخرى للحلول العيني في القانون المدني المصرى لم يرد

في شأنها نص ٢٦٦

الأموال الموقوفة ٢٦٦

أموال المؤسسة ٢٦٧

ملكية الأسرة ٢٦٨

الأموال التي لا يجوز التصرف فيها ٢٦٩

أموال القاصر من كسبه الخاص ٢٧٠

أموال التركة ٢٧١

الباب الثاني

الأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها

الحق غير المادى والشيء غير المادى ٢٧٤

الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية - الحقوق الذمعية ... ٢٧٦

طبيعة الحقوق الذمعية التي ترد على الأشياء غير المادية ... ٢٧٧

صفحة

- تناق طبيعة الملكية مع طبيعة الفكر : الفكر لصيق بالشخصية
 وحياته في انتشاره لا في الاستنساخ به ... ٢٧٩
 حق المؤلف أو حق المخترع ليس بحق ملكية ... ٢٨٠

الفصل الأول - حق المؤلف (الملكية الأدبية والفنية)

- التاريخ التشريعي والدول لحماية حق المؤلف ... ٢٨٢
 القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لحماية حق المؤلف ... ٢٨٩
 المصنفات المحمية ومؤلفوها - حقوق المؤلف وطرق حمايتها ... ٢٩٠

السرع الأول - المصنفات المحمية ومؤلفوها ... ٢٩٠

المبحث الأول - المصنفات ... ٢٩١

الأساس الذي تقوم عليه الحماية من الابتكار بغض النظر عن قيمته

المطلب الأول - المصنفات الأدبية والعلمية ... ٢٩٣

أمثلة للمصنفات الأدبية والعلمية وردت في القانون ... ٢٩٣

المصنفات المكتوبة ... ٢٩٣

المصنفات التي تلقى شفويا ... ٢٩٤

المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية ... ٢٩٤

المصنفات السينمائية ... ٢٩٥

المصنفات التي تعد خصيصا أو تذاع بواسطة الإذاعة اللاسلكية

أو للتلفزيون ... ٢٩٥

عنوان المصنف ... ٢٩٦

المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة - حالات أربع : ... ٢٩٨

الحالة الأولى - إعادة إظهار المصنف الأصلي كما هو ... ٣٠٠

مجموعات المصنفات التي آتت إلى الملك العام ... ٣٠١

مجموعات الوثائق الرسمية ... ٣٠٣

مختارات الشعر والنثر وغيرها من المجموعات ... ٣٠٤

الحالة الثانية - إعادة إظهار المصنف الأصلي بعد الإضافة

أو التنقيح أو التحقيق ... ٣٠٥

إعادة إظهار المصنف الأصلي ولكن بعد إضافة إليه من

شرح أو تعليق ... ٣٠٦

إعادة إظهار المصنف الأصلي ولكن بعد تحريره وتسميته من

طريق المراجعة والتنقيح ... ٣٠٦

إظهار المصنف الأصلي من طريق نشر المخطوطات القديمة ... ٣٠٧

صفحة

الحالة الثالثة - الاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص	
أو التحويل	٣٠٨
الاقتباس عن طريق التلخيص	٣٠٩
الاقتباس عن طريق التحويل (تحويل قصة إلى مسرحية	
أو إلى فيلم سينمائي)	٣٠٩
الحالة الرابعة - ترجمة المصنف إلى لغة أخرى	٣١١
حق المؤلف الأصل وحق المترجم	٣١١
الترجمة إلى اللغة العربية	٣١٢
المطلب الثاني - المصنفات الفنية	٣١٣
أمثلة للمصنفات الفنية وردت في القانون	٣١٣
المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالمحضرط أو	
الألوان أو الحفر أو النحت أو الهادة	٣١٣
المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية	٣١٣
الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية)	٣١٤
المصنفات الهندسية المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم	٣١٤
المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات (فنون الرقص	
وفن الإخراج)	٣١٤
المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية (الحرف والأواني	
المزخرفة والزجاج الملون الخ)	٣١٤
العبارة في المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بخطة العمل	٣١٤
المصنفات الفوتوغرافية	٣١٦
المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة للطبيعة	٣١٨
المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة لمصنفات فنية سابقة	٣١٩
المطلب الثالث - المصنفات الموسيقية	٣٢١
أمثلة للمصنفات الموسيقية	٣٢١
المصنفات الموسيقية المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة بها	٣٢١
المسرحيات الموسيقية (الأوبرا والأوبرا كوميك	
والأوبريت والفوديل)	٣٢١
الحركات والاستعراضات المصحوبة بالموسيقى (الرقص	
والتمثيل والاستعراضات المسرحية والألعاب	
الرياضية)	٣٢٢
المصنف السينمائي	٣٢٢
الفرق ما بين المصنفات الموسيقية وبين المصنفات الأدبية	
والمصنفات الفنية	٣٢٢

صفحة

- عناصر المصنف الموسيقى : ... ٣٢٣
- الحن الموسيقى (الميلودي) ... ٣٢٣
- التوافق الموسيقى (الهارموني) ... ٣٢٣
- الإيقاع الموسيقى (الريتم) ... ٣٢٣
- المصنفات الموسيقية المشتقة من مصنفات سابقة ... ٣٢٣
- التحويل (نقل المصنف من آلة موسيقية إلى آلة موسيقية أخرى) ... ٣٢٤
- التنويع (الجمع والتأليف بين مصنفات موسيقية متعددة) ... ٣٢٤
- لمبحث الثاني - المؤلف** ... ٣٢٥
- القاعدة العامة - المؤلف هو المبتكر - إقامة الدليل على ذاتيته ... ٣٢٥
- حالات خاصة ... ٣٢٧
- المطلب الأول - المصنفات التي يكلف مؤلفوها بوضعها** ... ٣٢٧
- التكليف بموجب عقد مقاول ... ٣٢٧
- التكليف بموجب عقد عمل ... ٣٢٨
- المطلب الثاني - المصنفات التي تحمل اسما مستعارا أو لا تحمل أى اسم** ... ٣٣١
- العهد الأول - عندما يتبقى المؤلف اسمه مستورا ... ٣٣١
- العهد الثاني - عندما يكشف المؤلف عن شخصيته ... ٣٣٣
- المطلب الثالث - المصنفات التي يتعدد فيها المؤلف** ... ٣٣٤
- المصنف الجماعي (المعاجم ودوائر المعارف) ... ٣٣٤
- الفرض الأول - أعمال المؤلفين لا يمكن تمييزها بعضها عن بعض ... ٣٣٥
- الفرض الثاني - عمل كل مؤلف متميز عن عمل الآخر ... ٣٣٦
- المصنف المشترك (اشتراك أكثر من مؤلف في مصنف واحد) ... ٣٣٦
- لا يمكن تمييز نصيب كل من المؤلفين في المصنف المشترك ... ٣٣٧
- يمكن تمييز نصيب كل من المؤلفين في المصنف المشترك ... ٣٣٩
- صور خاصة من الاشتراك : ... ٣٤٠
- مصنفات الموسيقى الغنائية ... ٣٤١
- الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى ... ٣٤٣
- المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للاذاعة اللاسلكية أو للتلفزيون ... ٣٤٥

صفحة

من يعتبر شريكاً في تأليف المصنف السينمائي أو الإذاعي	
أو التلفزيوني (محرو المصنف الأدبي - مؤلف التسيارير -	
مؤلف الحوار - واسع الموسيقى - المخرج - مؤلف المصنف	
الأصلي - الممثلون - المنتج)	٣٤٦
حقوق المؤلف الثابتة لشركاء في المؤلف السينمائي أو الإذاعي	
أو التلفزيوني	٣٤٩
الصور والذين تمثلهم هذه الصور	٣٥٤
لفرع الثاني - حقوق المؤلف وطرق حمايتها	٣٥٧
للمبحث الأول - حقوق المؤلف	٣٥٧
مذهب وحدة حق المؤلف	٣٥٨
مذهب ازدواج حق المؤلف : الحق المادي والحق الأدبي	٣٥٩
المطلب الأول - الحق المادي أثناء حياة المؤلف	٣٦٠
نطاق الحق المادي وجواز التصرف فيه	٣٦٠
§ ١ - النشر أو نسخ نماذج أوصور للمصنف (النقل غير	
المباشر للجمهور)	٣٦٢
مضمون حق النشر	٣٦٢
الوسائل المختلفة للنشر	٣٦٢
الرخص والإباحات التي لا تدخل في مضمون النشر :	٣٦٥
أولاً - النقل للاستعمال الشخصي	٣٦٥
ثانياً - النشر على سبيل الإخبار	٣٦٨
ثالثاً - النقل لتأييد ما هو منشور أو لمناقشة والنقد	٣٧١
مشتقات المصنف الأصل التي تدخل في مضمون حق النشر	٣٧٣
صور الاشتقاق المختلفة	٣٧٤
ترجمة المصنف الاصل - الترجمة إلى اللغة العربية	٣٧٥
§ ٢ - الأداء العلني (النقل المباشر للجمهور)	٣٧٧
ما هو الأداء العلني	٣٧٧
وسائل الأداء العلني :	٣٧٧
الأداء بطريق الراديو والتلفزيون	٣٧٨
الأداء بطريق السينما والفونوغراف	٣٨٠
علانية الأداء	٣٨١
مجانبة الأداء بالنسبة إلى الجمهور	٣٨٢

صفحة

§ ٣ - تصرف المؤلف في حقه المالى ٣٨٢

جواز أن ينقل المؤلف حقه المالى إلى الغير ٣٨٢

عقد النشر ٣٨٤

عقد العرض المسرحى ٣٨٦

طرق تقدير المقابل لحق المؤلف المالى ٣٨٧

بطلان التصرف فى مجموع الإنتاج الفكرى المستقبل ٣٨٩

التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف ٣٩٠

الحجز على حقوق المؤلف ٣٩٢

المطلب الثانى - الحق المالى بعد موت المؤلف ٣٩٥

انتقال الحق المالى إلى خلفاء المؤلف بعد موته لمدة معينة ٣٩٥

§ ١ - خلفاء المؤلف ٣٩٥

الورثة ٣٩٥

الموصى لهم ٣٩٦

باقى الشركاء فى المصنف ٣٩٨

§ ٢ - مدة حماية الحق المالى بعد موت المؤلف ٣٩٩

مدة الحماية فى الأصل خمسون عاما بعد موت المؤلف ٣٩٩

المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية غير المصطبغة بطابع إنشائى

مدة حمايتها خمسة عشر عاما من تاريخ أول نشر المصنف ٤٠٢

الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف ٤٠٢

المصنفات المشتركة ٤٠٢

المصنفات التى تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف ٤٠٣

والاستثناء أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت نشر المؤلف ٤٠٤

المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية غير المصطبغة بطابع

إنشائى ٤٠٤

المصنفات التى يكون مؤلفوها أشخاصا معنوية ٤٠٥

المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار ٤٠٥

المصنف متعدد الأجزاء ٤٠٧

المصنف متعدد الطباعات ٤٠٧

المطلب الثالث - الحق الأدبى للمؤلف ٤٠٨

خصائص الحق الأدبى للمؤلف ٤٠٨

مضمون الحق الأدبى للمؤلف ٤٠٩

مقدمة

§ ١ - حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه ٤٠٩

(أ) . حق تقرير النشر في حياة المؤلف ٤٠٩

أثر إلزام العقد للمؤلف بالسهر ٤١٠

الفرض الأول - قوة قاهرة حالت دون إنجاز العمل ... ٤١٠

الفرض الثاني - المؤلف لا يرضى عن عمله ٤١٠

الفرض الثالث - المؤلف يسر استعمال حق الأدب ويبتخه

تكتة لعدم التسليم ٤١١

(ب) . حق تقرير النشر بعد موت المؤلف ٤١٢

مباشرة الوزير المختص لنشر المصنف عند امتناع خلفاء المؤلف

من نشره ٤١٣

§ ٢ - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه ٤١٥

(أ) . الحق في نسبة المصنف حياة حياة المؤلف ٤١٥

(ب) . الحق في نسبة المصنف بعد موت المؤلف ٤١٥

§ ٣ - حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه ٤١٦

(أ) . الحق في دفع الاعتداء حال حياة المؤلف ٤١٦

(ب) . الحق في دفع الاعتداء بعد موت المؤلف ٤١٨

§ ٤ - حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول ٤١٨

(أ) . الحق في سحب المصنف حال حياة المؤلف ٤١٨

(ب) . الحق في سحب المصنف بعد موت المؤلف ٤٢٠

المبحث الثاني - طرق حماية حقوق المؤلف ٤٢١

نطاق حماية حقوق المؤلف من حيث المكان ٤٢١

نطاق حماية حقوق المؤلف من حيث الزمان ٤٢٢

المطلب الأول - الطريق الملقى ٤٢٥

§ ١ - التنفيذ العيني ٤٢٥

الإجراءات التحفظية السابقة على التنفيذ العيني ٤٢٥

التنظيم من الأمر الصادر بالإجراءات التحفظية ٤٢٧

الحكم في أصل النزاع ٤٢٨

§ ٢ - التعويض - حالات ثلاث : ٤٢٩

الحالة الأولى - حق المؤلف يتقضى بعد مدة تقل عن سنتين ... ٤٣٠

صفحة

الحالة الثانية - النزاع المطروح خاص بترجمة مصنف	
إلى اللغة العربية	٤٣١
الحالة الثالثة - النزاع المطروح خاص بحقوق المؤلف الممارى	٤٣٢
المطلب الثاني - الطريق الجنائي	٤٣٣
الجرائم والعقوبات الأصلية	٤٣٣
العقوبات التبعية	٤٣٤
حالة العود	٤٣٥
جريمة عدم الإيداع في دار الكتب وعقوبتها	٤٣٥
الفصل الثاني - حقوق أخرى على أشياء غير مادية	
(الحقوق المتعلقة بالرسالة وحق المخترع)	
الفرع الأول - الحقوق المتعلقة بالرسالة	٤٣٧
ما هي الرسالة - الحقوق المتنوعة التي تتعلق بها	٤٣٧
§ ١ - حق الملكية المادية	٤٣٨
انتقال ملكية الرسالة إلى المرسل إليه بمجرد تسليمه إياها	٤٣٨
انتقال ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه	٤٣٩
سلطة المرسل إليه كمالك للرسالة	٤٤٠
§ ٢ - الحق في السرية	٤٤٠
الأساس الذي يقوم عليه الحق في السرية	٤٤٠
الرسائل التي تتمتع بالحق في السرية والأشخاص الذين يجوز لهم التملك بهذا الحق	٤٤١
جزاء انتهاك حرمة السرية	٤٤٢
§ ٣ - حق المؤلف	٤٤٣
للمرسل حق المؤلف على الرسالة	٤٤٣
تقييد حق المؤلف بملكية الرسالة المادية وبالحق في السرية	٤٤٤
§ ٤ - الحق في الإثبات	٤٤٥
قيمة الرسالة في الإثبات	٤٤٥
متى يجوز المرسل إليه أن يحتج بالرسالة	٤٤٦
متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة	٤٤٧
الفرع الثاني - حق المخترع (الملكية الصناعية)	٤٤٨
الأنواع الرئيسية لحق المخترع أو الملكية الصناعية	٤٤٨

الصفحة

المبحث الأول - براءات الاختراع ٤٥٠

حق المخترع ووجوب حمايته ٤٥٠

١ § - الشروط الواجب توافرها في حق المخترع لمنح

براءة الاختراع ٤٥١

الشرط الأول - أن ينطوي الاختراع على ابتكار ٤٥١

الشرط الثاني - أن يكون الابتكار جديدا ٤٥٢

الشرط الثالث - أن يكون الاختراع قابلا للاستغلال الصناعي ٤٥٣

الشرط الرابع - ألا يكون في الاختراع إخلال بالآداب أو

بالنظام العام ٤٥٤

٢ § - واجبات صاحب براءة الاختراع وحقوقه ٤٥٥

الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على براءة الاختراع وقيدتها

في السجل الخاص ٤٥٥

واجبات صاحب براءة الاختراع ٤٥٨

حقوق صاحب براءة الاختراع ٤٥٩

٣ § - طرق حماية براءة الاختراع ٤٦٠

الإجراءات التحفظية ٤٦٠

الجزاء المدني ٤٦١

الجزاء الجنائي ٤٦١

المبحث الثاني - الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات

التجارية ٤٦٢

المطلب الأول - الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٢

ما هي الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٢

إجراءات قيد الرسم أو النموذج في سجل الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٢

واجبات وحقوق صاحب الرسم أو النموذج ٤٦٣

طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٤

المطلب الثاني - العلامات والبيانات التجارية ٤٦٥

ما هي العلامات التجارية ٤٦٥

إجراءات تسجيل العلامات التجارية ٤٦٨

واجبات وحقوق صاحب العلامة التجارية ٤٧٠

البيانات التجارية ٤٧٢

طرق حماية العلامات والبيانات التجارية ٤٧٤

منه

القسم الثاني

حق الملكية

تمهيد

- ٤٧٩ ... الأساس الذي يقوم عليه حق الملكية ومشروعية هذا الحق ... ٤٧٩
- ٤٧٩ حق الملكية هو أوسع الحقوق المعينة نطاقا ... ٤٧٩
- ٤٧٩ ... الاختلاف الأنظار في الأساس الذي يقوم عليه حق الملكية ... ٤٧٩
- ٤٨٠ ... العمل هو الأساس المشروع الذي تقوم عليه الملكية الفردية ... ٤٨٠
- ٤٨١ ... التطور التاريخي لحق الملكية في غرب أوروبا ... ٤٨١
- ٤٨١ ... المهود الرومانية : من ملكية جماعية إلى ملكية فردية مبسطة ... ٤٨١
- المصور الوسطى والعادات الجرمانية : تمعد الملكية الإقطاعية
- ٤٨٢ ... وانقسامها إلى ملكية أصلية و ملكية فعلية ... ٤٨٢
- الثورة الفرنسية : تخلص الملكية من أمثالها الإقطاعية
- ٤٨٣ ... وتقديس الملكية الفردية ... ٤٨٣
- التقنين المدني الفرنسي : بقاء الملكية الفردية أئد ما تكون
- ٤٨٣ ... إطلاقا ... ٤٨٣
- ٤٨٤ ... التطور التاريخي لحق الملكية في البلاد الإسلامية وفي مصر ... ٤٨٤
- ٤٨٤ ... الأرض العشورية والأرض الخراجية ... ٤٨٤
- ٤٨٥ ... أراضي مصر أراضي خراجية في العهد العربي ... ٤٨٥
- ٤٨٥ ... مسح الأراضي المصرية وبقاؤها خراجية في عهد محمد علي ... ٤٨٥
- اللائحة السعيدية والتوسيع في حقوق أصحاب الأراضي على
- ٤٨٦ ... أراضي الخراجية ... ٤٨٦
- جمل الأطباء الخراجية مملوكة مأكية تامة لأصحابها بالأمر
- ٤٨٨ ... العال الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ ... ٤٨٨
- ٤٨٩ ... الاتجاهات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية ... ٤٨٩
- ٤٨٩ ... انتكاس الملكية الفردية تحت ضغط التيارات الاشتراكية ... ٤٨٩
- تكاثر القيود التي تحيط بالملكية الفردية وظهور الوظيفة الاجتماعية
- ٤٨٩ ... لحق الملكية ... ٤٨٩
- الحصار الملكية الفردية عن الأرض والنفار واتساع رقعتها في
- ٤٩٠ ... المنزل ... ٤٩٠
- ٤٩٠ ... التعديلات الجهرية التي أدخلها التقنين المدني الجديد في حق الملكية ... ٤٩٠
- ٤٩٠ ... تنظيم حق الملكية نظريا مفعلا في التقنين المدني الجديد ... ٤٩٠

مقدمة

الانتقال بحق الملكية في التقنين المدني الجديد من حق مطلق إلى حق
له وظيفة اجتماعية ٤٩١
كثرة القيود التي أحاط بها التقنين المدني الجديد حق الملكية ... ٤٩١

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول - حق الملكية بوجه عام

- تعريف حق الملكية ٤٩٢
عناصر حق الملكية وخصائصه ٤٩٣
الحق الملكية وظيفته الاجتماعية ٤٩٣
الفرع الأول - عناصر حق الملكية وخصائصه ٤٩٦
المبحث الأول - عناصر حق الملكية ٤٩٦
الاستعمال والاستغلال والتصرف ٤٩٦
المطلب الأول - الاستعمال والاستغلال ٤٩٦
١ - الاستعمال ٤٩٦
قيود الاستعمال ٤٩٨
عدم الاستعمال كالاستعمال حق للمالك ٤٩٨
٢ - الاستغلال ٤٩٩
قيود الاستغلال ٥٠٠
عدم الاستغلال كالاستغلال حق للمالك ٥٠٠
المطلب الثاني - التصرف والشروط الإرادية المانعة من التصرف ٥٠١
المقصود بالتصرف نقل الملكية أو عنصر من عناصرها ... ٥٠١
قيود يفرضها القانون على التصرف ٥٠٣
قيود يفرضها الإرادة على التصرف - الشروط الإرادية المانعة
من التصرف ٥٠٤
١ - متى يصح الشرط المانع من التصرف ٥٠٥
التصرفات التي تتضمن الشرط المانع من التصرف (عند
أرومية) ٥٠٦
(أ) الباعث المشروع ٥٠٩

صفحة

متى يكون الباعث مشروعاً	٥٠٩
مصلحة مشروعة للمتصرف	٥١٠
مصلحة مشروعة للمتصرف له	٥١١
مصلحة مشروعة للغير	٥١٢
حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث مشروع	٥١٢
(ب) المدة المعقولة	٥١٣
المنع الدائم والمنع الموقت	٥١٣
الشرط المانع مدى حياة المتصرف	٥١٤
الشرط المانع مدى حياة المتصرف له	٥١٥
الشرط المانع مدى حياة الغير	٥١٦
حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً مدته غير معقولة	٥١٦
§ ٢ - الجزاء الذى يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف	٥١٧
ما يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف	٥١٧
حكم التصرف المخالف للشرط المانع - القضاء الفرنسى	٥٢٠
الاعتراضات الموجهة للقضاء الفرنسى فى هذا الصدد	٥٢٢
البطلان فى التقنين المصرى بطلان مطلق بموجب نص تشريعى	٥٢٤
المبحث الثانى - خصائص حق الملكية	٥٢٨
خصائص ثلاث لحق الملكية : الملكية حق جامع مانع دائم	٥٢٨
المطلب الأول - الملكية حق جامع مانع	٥٢٩
الملكية حق جامع	٥٢٩
الملكية حق مانع	٥٣٠
ما يرد من القيود على أن الملكية حق جامع مانع	٥٣٢
المطلب الثانى - الملكية حق دائم	٥٣٤
الملكية حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لا بالنسبة إلى شخص المالك	٥٣٤
المعنى الأول لدوام حق الملكية - الملكية بطبيعتها غير مؤقتة	٥٣٤
المعنى الثانى لدوام حق الملكية - الملكية لا تزول بعدم الاستعمال	٥٣٦
المعنى الثالث لدوام حق الملكية - الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل	٥٣٩
حجج القائلين بجواز اقتران الملكية بأجل والرد على هذه الحجج	٥٤١
الفرع الثانى - الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية	٥٤٥
ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى شأن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية	٥٤٥

صفحة

- المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٢ مدنى يشير إلى مالقن الملكية من
- ٥٤٦ وظيفة اجتماعية
- ٥٤٦ ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن
- حذف عبارة «الوظيفة الاجتماعية» فى لجنة مجلس الشيوخ
- لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية ولأن فى التطبيقات التى
- ٥٤٨ أوردتها المشروع ما يبنى عليها
- ٥٥٠ المبحث الأول - الملكية حق ذاتى ولها وظيفة اجتماعية
- ٥٥١ § ١ - الملكية حق ذاتى
- ٥٥١ الملكية حق ذاتى فى عناصره وخصائصه
- ٥٥١ الملكية حق ذاتى فى نطاقه
- ٥٥١ الملكية حق ذاتى فى حمايته
- ٥٥٢ الملكية الذاتية ثمرة العمل وجزاؤه الحق
- ٥٥٢ الملكية الذاتية أقوى حافز على العمل وخير ضمان للاستقلال الشخصى
- ٥٥٣ § ٢ - الملكية وظيفة اجتماعية
- ٥٥٣ الأساس الذى تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية
- ٥٥٤ مبدأ التضامن الاجتماعى
- ٥٥٤ المالك مدين للمجتمع بما كسب
- ٥٥٥ تنفيذ حق الملكية للمصلحة العامة
- ٥٥٦ تنفيذ حق الملكية للمصلحة الخاصة
- أعمال سلبية تطلب من المالك ليقوم بما للملكية من
- ٥٥٧ وظيفة اجتماعية
- ٥٥٨ أعمال إيجابية يتدخل بها الغير فى انتفاع المالك بمكة
- ٥٥٩ أعمال إيجابية يجبر عليها المالك لمصلحة الغير
- المبحث الثانى - التمييز بين مناطق مختلفة فى الوظيفة الاجتماعية
- ٥٦٢ لحق الملكية
- ٥٦٢ المناطق المختلفة فى الملكية وتفاوتها بالنسبة إلى الوظيفة الاجتماعية
- ٥٦٣ § ١ - منطقة الاستهلاك ومنطقة الخدمات العامة
- فى منطقة الاستهلاك أو الملكية الشخصية لا تظهر الوظيفة
- ٥٦٣ الاجتماعية لحق الملكية
- فى منطقة الخدمات العامة (الصحة والتعليم والتأهيلات الاجتماعية
- إلخ) على عكس منطقة الاستهلاك تبرز الوظيفة الاجتماعية لحق
- ٥٦٤ الملكية بمرور واضح

صفحة

٥٦٥ ... ٢ - منطقة الإنتاج

٥٦٥ ... الانتاج يسوده بوجه عام النشاط الفردي ...

٥٦٦ ... مظاهر الوظيفة الاجتماعية للملكية و منطقة الإنتاج ...
للدولة حق التوجيه والرقابة على النشاط الفردي في

٥٦٦ ... منطقة الإنتاج ...

٥٦٧ ... للمجتمع حصة معلومة في ملكية الإنتاج ...

٥٦٧ ... العدالة الاجتماعية في التوزيع بين رأس المال والعمل ...

٥٦٧ ... الملكية الفردية و ملكية المشروع ...

الفصل الثاني - نطاق حق الملكية ووسائل حمايته

٥٦٨ ... لفرع الأول - نطاق حق الملكية

المبحث الأول - شمول الملكية الشيء ذاته - الأرض وما

٥٦٨ ... فوقها وما تحتها

٥٧٠ ... § ١ - الأرض علوا وعمقا

٥٧٠ ... مالك سطح الأرض يعتبر مالكا للعلو وانعق ...

٥٧٢ ... ملكية العلو ...

ليس للمالك أن يمارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو بحيث

٥٧٢ ... لا تكون له أية مصلحة في منعه ...

لا يجوز للمالك منع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلفزيونية

٥٧٣ ... أو التلفزيونية فوق أرضه إذا كان ذلك لا يحدث له ضررا

لا يجوز للمالك منع تخليق الطائرات فوق أرضه - تنظيم

٥٧٤ ... الملاحة الجوية

٥٧٥ ... ملكية العمق ...

ليس للمالك أن يمارض فيما يقام من عمل على مسافة من العمق

٥٧٦ ... بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه ...

لا يجوز للمالك منع مرور أنابيب المياه تحت أرضه إذا كان

٥٧٦ ... ذلك لا يحدث له ضررا

٥٧٦ ... المواد المعدنية والخامات في المناجم والمهاجر ملت الدولة

٥٧٦ ... § ٢ - المواد المعدنية والخامات في المناجم والمهاجر

٥٧٦ ... قانون المناجم والمهاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ...

٥٧٧ ... المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر تعتبر من أموال الدولة

صفحة

المواد المدنية بالمتاجم	٥٧٨
مرحلة الكشف	٥٧٩
مرحلة البحث	٥٧٩
مرحلة الاستفلال	٥٨٠
حقوق مالك الأرض التي يوجد النجم في باطنها	٥٨١
خامات المهاجر	٥٨٢
تراخيص استفلال المهاجر	٥٨٢
حقوق مالك الأرض التي يوجد بها المحجر	٥٨٣
أحكام مشتركة للمناجم والمهاجر	٥٨٤
القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ (تأميم الأصول المستخدمة في استفلال المناجم والمهاجر)	٥٨٤
المبحث الثاني - امتداد الملكية إلى الملحقات والثمار والمنتجات	٥٨٥
الملحقات	٥٨٦
الفرق بين أصل الشيء وملحقاته	٥٨٧
تطبيقات مختلفة لما يعتبر من الملحقات	٥٨٧
الثمار	٥٨٨
الثمار الطبيعية	٥٨٨
الثمار الصناعية	٥٨٩
الثمار المدفونة	٥٨٩
المنتجات	٥٨٩
التمييز بين المنتجات والثمار	٥٨٩
أهمية هذا التمييز	٥٩٠
الفرع الثاني - وسائل حماية حق الملكية	٥٩١
دعوى الاستحقاق وعدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها	
إلا بشروط	٥٩١
المبحث الأول - دعوى الاستحقاق	٥٩١
دعوى الاستحقاق بوجه عام وطرق إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق	٥٩١
§ ١ - دعوى الاستحقاق بوجه عام	٥٩١
محل دعوى الاستحقاق	٥٩١
طرفا دعوى الاستحقاق	٥٩٢

صفحة

المدعى فى دعوى الاستحقاق	٥٩٣
المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق	٥٩٥
دعوى الاستحقاق المنقولة	٥٩٧
دعوى الملكية ودعوى الحيازة	٥٩٨
عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم	٥٩٩
مايستجع الحكم بالاستحقاق من حقوق فى الرد	٦٠٠
إثبات الملكية فى دعوى الاستحقاق	٦٠١
§ ٢ - طرق إثبات الملكية فى دعوى الاستحقاق	٦٠٢
طرق إثبات دلالتها يقينية	٦٠٢
السجل العيني	٦٠٣
التقادم المكسب الطويل أو القصير	٦٠٣
الحيازة	٦٠٤
طرق إثبات دلالتها ظنية	٦٠٥
سند التملك	٦٠٥
قرائن أخرى قضائية (المكلفة - دنع الضرائب - الحدود -	
خريطة فك الزمام . الخ)	٦٠٦
تعارض طرق الإثبات	٦٠٧
القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى فى إثبات الملكية	٦٠٨
الصورة الأولى - يوجد سند تملك عند كل من الحصين	٦٠٩
الصورة الثانية - لا يوجد سند تملك عند أى من الحصين	٦١١
الصورة الثالثة - يوجد سند تملك عند أحد الحصين دون الآخر	٦١٣
نظرة تقديرية للذ اعد التى وضعها القضاء الفرنسى فى إثبات الملكية	٦١٤
المبحث الثانى - عدم جواز نزع الملكية جبرا على صاحبها إلا بشروط	٦١٥
مساس الإدارة بحق الملكية ونزع الملكية لمنفعة العامة	٦١٧
§ ١ - مساس الإدارة بحق الملكية	٦١٧
أعمال الإدارة الماسة بحق الملكية	٦١٧
اعتداء الإدارة على حق الملكية عن طريق أعمال مادية أو عن طريق	
أوامر إدارية	٦١٨
الاستيلاء المؤقت	٦٢٠
حالات الاستيلاء المؤقت	٦٢١
إجراءات الاستيلاء المؤقت	٦٢١
التعويض عن الاستيلاء المؤقت	٦٢٢

صفحة

الحراسة	٦٢٢
حراسة الطوارئ وحراسة التبعث وحراسة الأمن	٦٢٢
ما يترتب على فرض الحراسة	٦٢٤
نزع ملكية الذين وضعوا تحت الحراسة دون تعويض فيما	
يزيد على مبلغ معين	٦٢٥
التأميم	٦٢٦
الطريقة الأولى - نقل ملكية المشروع مباشرة إلى الدولة	
فزلول شخصيته الاعتبارية	٦٢٦
الطريقة الثانية - احتفاظ المشروع بكيانه والاقتصار على	
نقل ملكية الأسهم إلى الدولة	٦٢٧
الطريقة الثالثة - سحب التزام المرافق العامة	٦٢٩
وجوب التعويض عن التأميم - الفرق بين التأميم والمصادرة	٦٢٩
٢ - نزع الملكية للمنفعة العامة	٦٣٠

قانون نزع ملكية المقاررات للمنفعة العامة أو التحسين (القانون	
رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤)	٦٣٠
الضمانات التي تكفل حماية الملكية الخاصة في قانون نزع الملكية	
للمنفعة العامة	٦٣١
الضمان الأول - عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا في الأحوال	
التي يقرها قانون نزع الملكية	٦٣١
تحقيق منفعة عامة	٦٣٢
تحقيق التحسين أو التجميل	٦٣٢
الضمان الثاني - وجوب اتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع	
الملكية	٦٣٢
بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من	
أعمال التحسين	٦٣٢
حصر المقاررات المطلوب نزع ملكيتها	٦٣٢
نقل ملكية المقار المنزوع ملكيته	٦٣٣
الاستيلاء المؤقت على المقار في حالة الاستعجال	٦٣٤
الضمان الثالث - وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضا	
عادلا	٦٣٤
اعتراض المالك على تقدير التعويض	٦٣٥
قواعد تراعى فيما يتعلق بالتعويض	٦٣٦

سنة

الباب الثاني

القيود التي ترد على حق الملكية

- ٦٣٨ تنوع القيود التي ترد على حق الملكية
- ٦٣٨ طبيعة هذه القيود وهل هي حقوق ارتفاق
- ٦٣٩ هي قيود تمثل التنظيم العام للمألوف لحق الملكية وليست بحقوق ارتفاق
- ٦٣٩ ما يترتب من النتائج على أن هذه القيود القانونية ليست بحقوق ارتفاق
- ٦٣٩ اختلاف الفقه في فرنسا وفي مصر في تكييف طبيعة هذه القيود
- ٦٤١ تقسيم قيود الملكية إلى قيود للمصلحة العامة وأخرى للمصلحة الخاصة
- ٦٤٢

الفصل الأول - قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة

- نوعان من القيود : قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه وقيود ترد على الحق في التملك
- ٦٤٣
- ٦٤٣ الفرع الأول - قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه
- قيود متنوعة تقررها القوانين واللوائح وتدخل في مباحث القانون الإداري
- ٦٤٤ أمثلة لما مر من هذه القيود : حقوق الارتفاق الإدارية - نزع الملكية للمنفعة العامة - الاستيلاء المؤقت - الحراسة - التأمين
- ٦٤٤ أمثلة أخرى :
- ٦٤٥ المحال المقلقة لأراحة والمضرة بالصحة والخطرة
- ٦٤٧ تركيب الآلات البخارية
- ٦٤٨ الزراعات المنوعة
- ٦٤٨ حماية الآثار التاريخية

الفرع الثاني - قيود ترد على الحق في التملك

المبحث الأول - قيود واردة في قانون الإصلاح الزراعي

- ٦٥٠ ما اشتمل عليه قانون الإصلاح الزراعي من القيود
- ٦٥٠ § ١ - الأصل العام للحد الأقصى الجائز تملكه من الأراضي الزراعية
- ٦٥١

صفحة

- ٦٥١ الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٥٢ ...
- ٦٥١ الحد الأقصى هو ٢٠٠ فدان
- ٦٥٢ احتياطات وقائية لمنع التحايل
- التصرف فيما زاد على الحد الأقصى للأولاد بما لا يزيد
- ٦٥٤ على ١٠٠ فدان
- التصرف فيما زاد على ذلك لصغار الزراع ولحريجي
- ٦٥٤ المعاهد الزراعية
- استيلاء الحكومة على ما زاد بعد ذلك في مقابل تمريض
- ٦٥٥ يعطى سندات على الحكومة
- ٦٥٦ الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٦١ ...
- ٦٥٦ الحد الأقصى هو ١٠٠ فدان
- استيلاء الحكومة على كل المقدار الزائد في مقابل تمريض
- ٦٥٧ يعطى سندات على الحكومة
- القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ يلغى التمريض المستحق
- ٦٥٧ للملاك بموجب قانون سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٦١ ...
- ٦٥٨ عدم جواز التملك لما يزيد على الحد الأقصى
- بطلان أسباب التملك التي ترجع لإرادة المالك (المقيد والأخذ
- ٦٥٨ بالشفعة والاستيلاء)
- استيلاء الحكومة على الزيادة في الأسباب التي لا ترجع لإرادة
- ٦٦١ المالك (الميراث والوصية والالتصاق والتقدم) ...
- ٦٦١ الحد الأقصى لملك الأسرة للأرض الزراعية
- الحد الأقصى هو ٣٠٠ فدان بموجب القانون رقم ٢٤
- ٦٦١ لسنة ١٩٥٨
- ٦٦٣ ستروط هذا الحد الأقصى في نصوص قانون سنة ١٩٦١ ...
- ٦٦٤ توزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين
- ٦٦٤ الشروط الواجب توافرها فيمن توزع عليهم الأراضي ..
- ٦٦٥ الثمن الذي يدفعه صغار الفلاحين للأراضي التي توزع عليهم
- ٦٦٥ قيام لجان فرعية بعمليات الاستيلاء والتوزيع
- ٢ - الاستثناءات من الأصل العام للحد الأقصى الجائز تملكه
- ٦٦٧ من الأراضي الزراعية
- ٦٦٨ اشركات والجمعيات المشتغلة باستصلاح الأراضي الزراعية ...
- ٦٧٠ اشركات الصناعية (كشركة السكر وشركات مستخرجات الألبان)
- الجمعيات الزراعية للعملية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح
- ٦٧٠ الزراعى سنة ١٩٥٢

صفحة

الجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى	
سنة ١٩٥٢	٦٧٠
الدائن الراسى عليه المزار	٦٧١
الوقف الخبرى	٦٧٣
للمبحث الثانى - قيود على حق الأجانب فى التملك	٦٧٤
تسلسل القوانين التى تحد من حق الأجانب فى التملك	٦٧٤
الأمر المسمى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ (منع تملك الأراضى الصحراوية)	٦٧٥
القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ (منع تملك الأراضى الزراعية فى المستقبل)	٦٧٧
القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ (منع تملك الأراضى الزراعية وما فى حكمها فى المستقبل وفى المافى بأثر رجعى)	٦٧٨
استيلاء الحكومة على الأراضى المملوكة للأجانب فى مقابل تمويش يعطى مئذات على الحكومة	٦٨٠
عدم أهلية الأجنبى لملك أراضى زراعية فى مصر	٦٨٢

الفصل الثانى - قيود ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة

تصنيف هذه القيود - رجوعها جميعاً إلى فكرة الحوار	٦٨٢
الفرع الأول - القيود التى ترجع إلى الحوار بوجه عام (مضار الحوار غير المألوفة)	٦٨٤
للمبحث الأول - تحديد حالة مضار الحوار غير المألوفة	٦٨٦
وجوب التمييز بين حالات ثلاث : الخطأ فى استعمال حق الملكية والتصرف فى استعمال حق الملكية ومضار الحوار غير المألوفة	٦٨٦
§ ١ - الخطأ فى استعمال حق الملكية	٦٨٧
مخالفة المالك للقوانين واللوائح	٦٨٧
ارتكاب المالك خطأ	٦٨٧
§ ٢ - التعسف فى استعمال حق الملكية	٦٨٩
فسد الإضرار بالغير	٦٨٩
رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً	٦٩٠
عدم مشروعية المصالح التى يرمى المالك إلى تحقيقها	٦٩٢

صفحة

§ ٣ - مضار الحوار غير المألوفة ٦٩٣

وجوب تمييز حالة مضار الحوار غير المألوفة عن الحالتين

السابقتين ٦٩٣

الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الحوار غير المألوفة ٦٩٤

غلو المالك في استعماله لحق الملكية ٦٩٥

ضرر غير مألوف يصيب الجار بسبب هذا الغلو ٦٩٥

المبحث الثاني - تقدير الضرر غير المألوف والأساس القانوني الذي

يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه وكيف يكون هذا

التعويض ٦٩٦

§ ١ - تقدير الضرر غير المألوف ٦٩٦

اعتبارات مختلفة في تقدير الضرر غير المألوف (اعتبارات

موضوعية) ٦٩٦

المعرف ٦٩٨

طبيعة المقاربات ٦٩٨

موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر ٦٩٨

التفرض الذي خصص له العقار ٦٩٩

سبق الترخيص الإداري للمالك لا يفي به من المسؤولية نحو جاره ... ٦٩٩

الجار يستجد على المالك (أسقية الاستغلال) ٧٠٠

§ ٢ - الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض

عن الضرر غير المألوف ٧٠١

اختلاف الفقه في فرنسا ٧٠٢

مسئولية المالك تقوم على التزام قانوني هو التزام الحوار ٧٠٣

مسئولية المالك تقوم على نظرية التمسك في استعمال الحق ... ٧٠٤

مسئولية المالك تقوم على نظرية تحمل النتيجة ٧٠٥

مسئولية المالك تقوم على أن الغلو في استعمال حق الملكية يستلزم

التعويض ٧٠٥

تأصيل مسؤولية المالك في القانون المصري ٧٠٦

نص صريح في التقنين المدني المصري يلزم المالك بالألا يغلو في

استعمال حقه أو يقيد حق الملكية بدم جواز الغلو ٧٠٧

مسئولية المالك تقوم على إخلاله بالتزام قانوني ٧٠٧

مسئولية المالك تقوم على خروجه عن حدود حق الملكية ... ٧٠٧

صفحة

§ ٣ - كيف يكون التعويض عن الضرر غير المألوف ... ٧٠٨

التعويض التقدي ... ٧٠٨

التعويض العيني ... ٧٠٩

الفرع الثاني - القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار ٧١٠

المبحث الأول - الري والصرف ... ٧١٠

الشرب والمجرى والمسيل ... ٧١٠

§ ١ - الشرب ... ٧١٣

شروط الحصول على حق الشرب (تغليب مصلحة خاصة راجحة

على مصلحة خاصة مرجوحة) ... ٧١٥

الشرط الأول - للمالك مساقاة خاصة ... ٧١٦

الشرط الثاني - استوفى المالك حاجته من المساقاة ... ٧١٨

الشرط الثالث - المالك جار هو الذي له حق الشرب ... ٧١٩

الشرط الرابع - الجار في حاجة إلى ري أرضه ... ٧٢١

الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب والتعويض

الواجب دفعه ... ٧٢١

الإجراءات الواجب اتباعها ... ٧٢١

التعويض الواجب دفعه ... ٧٢٣

الإصلاحات الضرورية للمساقاة التي يعتمد المتضمنون بها ... ٧٢٥

اشتراك المتضمنين في القيام بها كل بنسبة مساحة أرضه ... ٧٢٧

قيام تفتيش الري بها على نفقة المتضمنين ... ٧٢٧

§ ٢ - المجرى والمسيل ... ٧٢٧

المسيل يقابل المجرى وقد يقابل الشرب ... ٧٣٠

الشروط الواجب توافرها لكل من حق المجرى وحق المسيل ... ٧٣١

الشرط الأول - من يطلب هذا الحق جار لمالك الأرض التي

يراد استعمال الحق فيها ... ٧٣١

الشرط الثاني - الجار في حاجة إلى ري أرضه عن طريق

المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق المصرف ... ٧٣٣

إجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل والتعويض

الواجب ... ٧٣٥

الإجراءات ... ٧٣٥

التعويض ... ٧٣٦

صفحة

٧٣٨	تعدد المتعدين بالمصرف
٧٣٨	مسئولية مالك المروى أو المصرف
٧٤٠	المبحث الثاني - التلاصق في الجوار

§ ١ - وضع الحدود

٧٤٢	الاتفاق وديا على وضع الحدود
٧٤٢	دعوى تعيين الحدود - خصائصها
٧٤٤	المهكة المختصة بدعوى تعيين الحدود
٧٤٦	حل دعوى تعيين الحدود وطرقها
٧٤٨	عمليات التحديد
٧٤٩	محضر التحديد وقرنه في الإثبات
٧٥٠	نفقات التحديد
٧٥١	تحويل الملك - إحالة

§ ٢ - حق المرور

٧٥٤	(أ) وحود أرض محبوسة عن الطريق العام
٧٥٤	لا منفذ للأرض إلى الطريق العام
٧٥٥	حق مرور متنازع فيه أو محدود على التماس
٧٥٦	للأرض منفذ ولكنه غير كاف
٧٥٧	انفكاك الحبس عن الأرض المحبوسة
	(ب) الحصول على مرور ضروري لاستغلال الأرض واستعمالها على

٧٦٠	الوجه المألوف
٧٦٠	المرور اللازم هو المرور الكافي لاستغلال الأرض المحبوسة
٧٦١	تغير حاجات الأرض المحبوسة وتغير المرور بتغيرها
٧٦٢	أين يكون موضع المرور
	الحبس عن الطريق العام ناشئ من تجزئة المقار بناء على تصرف

٧٦٥	قانوني
٧٧٠	أثر التقادم في تعيين موضع المرور
٧٧٢	(ج) التعويض

٧٧٢	تقدير التعويض
٧٧٣	عدم اشتراط تعجيل التعويض
٧٧٣	جواز المنع من المرور إلى حين استيفاء التعويض الواجب الأداء
٧٧٤	تقديم دعوى المطالبة بالتعويض

صفحة

§ ٣ - المطلات والمناور ٧٧٥

المطل المواجه والمطل المنحرف والمناور ٧٧٥

(١) المطل المواجه والمطل المنحرف ٧٧٦

قيد المسافة : متر للمطل المواجه ونصف متر للمطل المنحرف ٧٧٩

مجال تطبيق قيد المسافة ٧٨٠

المطلات المعفاة من قيد المسافة ٧٨١

المطلات المستوية لقيد المسافة والمطلات غير المستوية لهذا القيد ٧٨٣

(ب) المناور ٧٨٧

القيد في المناور هو في الارتفاع لا في المسافة ٧٨٩

حكم المناور المستوية لشرط الارتفاع ٧٩٠

حكم المناور غير المستوية لشرط الارتفاع ٧٩١

الباب الثالث

الملكية الشائعة

الملكية الشائعة بوجه عام والشيوخ الإجبارى ٧٩٣

الفصل الأول - الملكية الشائعة بوجه عام

الملكية الشائعة في التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الجديد ٧٩٣

تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية ٧٩٥

حق الشريك يقع على حصة معنوية من المال الشائع ٧٩٦

الملكية إما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية ٧٩٧

والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفرزة أو ملكية شائعة ٧٩٨

فالملكية الشائعة هي حق ملكية حقيقية وهي أحد نوعى

الملكية الفردية ٨٠٠

مصادر الشيوخ وأحكامه وأسباب انقضاة ٨٠٠

مصادر الشيوخ ٨٠١

أحكام الشيوخ ٨٠٢

أسباب انقضاء الشيوخ ٨٠٣

لفرع الأول - إدارة المال الشائع ٨٠٤

المبحث الأول - الإدارة المعتادة ٨٠٤

حفظ المال الشائع ٨٠٤

لكل شريك أن يقوم وحده بأعمال الحفظ ٨٠٥

صفحة

الشريك في أعمال الحفظ أصيل عن نفسه نائب عن	
غيره من الشركاء	٨٠٦
نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف	٨٠٧
انقسام النفقات على الشركاء كل بقدر حصته	٨٠٧
لشريك التخلص من دفع النفقات بالتدخل عن حصته	٨٠٩
المبدأ العام في إدارة المال الشائع	٨٠٩
إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين	٨١٠
تعذر الإجماع : قسمة المهايأة وتولى أغلبية الشركاء إدارة	
المال الشائع	٨١٣
أولا - قسمة المهايأة	٨١٣
المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية	٨١٦
الحد الأقصى لمدة المهايأة المكانية خمس سنوات يجوز تجديدها	٨١٧
المهايأة المكافئة إذا دامت خمس عشرة سنة انقلبت قسمة	
نهائية	٨١٨
المهايأة الزمانية لا يجوز أن تجبر الشركاء على البقاء في	
الشيوع أكثر من خمس سنوات يجوز تجديدها	٨٢٠
لا تنقلب المهايأة الزمانية قسمة نهائية مهما طال مدتيا	٨٢٠
تكييف قسمة المهايأة - تطبيق قواعد الإيجار	٨٢١
المهايأة التي تسبق القسمة النهائية	٨٢٣
ثانيا - تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع	٨٢٤
تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين	٨٢٥
تولى أغلبية الشركاء للإدارة	٨٢٧
إقامة الأغلبية وكيلها لإدارة المال الشائع	٨٢٨
وضع الأغلبية نظاما يكفل حسن إدارة المال الشائع	٨٢٨
عدم نوافر أغلبية لإدارة المال الشائع - الالتجاء إلى القضاء	٨٢٨
المبحث الثاني - الإدارة غير المعتادة	٨٢٩
الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة	٨٣١
الأغلبية اللازمة لتقرير الإدارة غير المعتادة : الشركاء الذين يملكون	
ثلاثة أرباع المال الشائع	٨٣٢
الضمانات المطاة للأهلية - الالتجاء إلى المحكمة	٨٣٣
إقامة أحد الشركاء بناء على جزئه مفرز من الأرض الشائعة	٨٣٣
عدم موافقة ثلاثة الأرباع على البناء : إجبار الشريك الباني	
على إزالة البناء	٨٣٤

صفحة

- موافقة ثلاثة الأرباع على البناء : يكون البناء ملكا شائنا لمصلحة
 ٨٣٥ الشركاء ومساهماتهم في تكاليفه
- الفرع الثاني - التصرف في المال الشائع**
 ٨٣٦
- المبحث الأول - تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة**
 ٨٣٦ منهم
- § ١ - تصرف الشركاء مجتمعين ٨٣٦
- التصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه ٨٣٦
- أنواع التصرف ٨٣٧
- § ٢ - تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء ٨٣٨
- الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في المال الشائع ٨٣٩
- الأغلبية اللازمة لتقرير التصرف في المال الشائع : الشركاء
 الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ٨٤٠
- الضمانات المعطاة للأقلية - الاتجاه إلى المحكة ٨٤٠
- المبحث الثاني - تصرف الشريك منفردا** ٨٤٢
- تصرف الشريك في حصته الشائعة وتصرفه في شيء مفرز ٨٤٢
- المطلب الأول - تصرف الشريك في حصته الشائعة** ٨٤٢
- حكم هذا التصرف وما يترتب عليه من جواز استرداد للشركاء
 الحصة الشائعة ٨٤٢
- § ١ - حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة ٨٤٢
- صحة التصرف ونفاذه في حق باقي الشركاء ٨٤٢
- ترتيب حق عيني أصلي على الحصة الشائعة ٨٤٥
- ترتيب حق عيني تبعي على الحصة الشائعة ٨٤٧
- § ٢ - استرداد الحصة الشائعة ٨٥٠
- حق استرداد الحصة الشائعة في المتقول والمجموع من المال وحق للشفعة
 في العقار ٨٥١
- (١) شروط حق الاسترداد ٨٥٢
- نطاق حق الاسترداد ٨٥٢
- للشرط الأول - صدور بيع من أحد الشركاء في الشروع ٨٥٤

سنة

- الشرط الثاني - ورود جميع على حصة شائعة في منقول أو مجموع
 من المال ... ٨٥٦ ...
 الشرط الثالث - صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء ... ٨٥٦ ...
 الشرط الرابع - المسترد هو أحد شركاء ... ٨٥٧ ...
 (ب) إجراءات الاسترداد ... ٨٥٨ ...
 ميعاد الاسترداد ... ٨٥٨ ...
 كيف يحصل الاسترداد ... ٨٥٩ ...
 متى يتم الاسترداد ... ٨٦٠ ...
 (ج) - الآثار التي تترتب على الاسترداد ... ٨٦٣ ...
 تكييف الاسترداد ... ٨٦٣ ...
 علاقة المسترد بالمشتري ... ٨٦٤ ...
 علاقة المسترد بالبائع ... ٨٦٦ ...
 علاقة البائع بالمشتري ... ٨٦٧ ...
 المطلب الثاني - تصرف الشريك في شيء مفروز ... ٨٦٨ ...
- § ١ - تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع ... ٨٦٨ ...
 الفرض الأول - المشتري يعتقد أن البائع يملك المبيع مفزرا ... ٨٧٠ ...
 قبل القسمة : البيع قابل للإبطال للغلط ... ٨٧٠ ...
 بعد القسمة : ... ٨٧١ ...
 وقوع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع :
 خلوص ملكيته للمشتري ... ٨٧١ ...
 عدم وقوع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع :
 بقاء البيع قابلا للإبطال ... ٨٧١ ...
 الفرض الثاني - المشتري يعلم أن البائع لا يملك المبيع إلا شائعا ... ٨٧٢ ...
 قبل القسمة : البيع صحيح فيما بين المتعاقدين وغير نافذ في حق
 الشركاء الآخرين ... ٨٧٣ ...
 بعد القسمة : ... ٨٧٥ ...
 وقوع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع :
 خلوص ملكيته للمشتري ... ٨٧٥ ...
 عدم وقوع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع :
 انتقال حق المشتري إلى الجزء المفروز الذي آل إلى البائع ... ٨٧٦ ...
 § ٢ - تصرف الشريك في كل المال الشائع ... ٨٧٨ ...
 المشتري يعتقد أن البائع يملك كل المال الشائع : البيع قابل
 للإبطال للغلط ... ٨٧٨ ...

صفحة

المشتري يعلم أن لبائع شركاء في المال الشائع : البيع قابل للفسخ ٨٧٩
أثر تصرف الشريك في سوق باقي الشركاء : البيع لا ينفذ
في حصصهم ولكن المشتري يصبح شريكاً معهم في الشيوع

بحصة البائع ... ٨٧٩

الفرع الثالث - قسمة المال الشائع ٨٨٠

الأصل عدم إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع ٨٨٠

جواز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة معينة ٨٨٢

دواعي الاتفاق على البقاء في الشيوع ٨٨٣

الحد الأقصى لمدة خمس سنوات يجوز تجديدها ٨٨٥

أنواع القسمة ٨٨٨

قسمة مؤقتة (المهايأة) وقسمة نهائية ٨٨٨

القسمة النهائية : ٨٨٩

قسمة كلية وقسمة جزئية ٨٨٩

قسمة عينية وقسمة تصفية ٨٨٩

قسمة اتفاقية وقسمة قضائية ٨٩٠

المبحث الأول - كيف يتم إجراء القسمة ٨٩١

القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية - تدخل دائري الشركاء ٨٩١

المطلب الأول - القسمة الاتفاقية ٨٩١

§ ١ - كيف يتم إجراء القسمة الاتفاقية ٨٩٢

القسمة الاتفاقية عند ترضى عليه أحكام سائر العقود ٨٩٢

القسمة القطعية ٨٩٤

لشركاء اختيار طريقة القسمة الاتفاقية ٨٩٥

وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء ٨٩٦

وجوب الطعن في القسمة الاتفاقية ٨٩٨

§ ٢ - نقض القسمة الاتفاقية للغبين ٨٩٩

الغبين في ذاته عيب في عقد القسمة يميز قفصها ٩٠١

مقدار الغبن وكيفية حسابه ٩٠٣

مقدار الغبن : غبن يزيد على الخمس ٩٠٣

كيفية حساب الغبن ٩٠٣

أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض للغبين ٩٠٤

قسمة كلية وقسمة جزئية - قسمة عينية وقسمة تصفية ٩٠٤

صفة

- ٩٠٥ تنزعة القسمة إلى عدة عقود
- ٩٠٥ اقسمة الاحتمالية لا تنقض للدين
- ٩٠٥ دعوى نقض القسمة للدين
- ٩٠٦ المدعى والمدعى عليه
- ٩٠٦ رفع الدعوى في خلال السنة التالية لقسمة
- ٩٠٦ عبء إثبات الدين
- ٩٠٧ الآثار التي تترتب على نقض القسمة للدين
- ٩٠٧ تفادى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغير
- ٩١٠ **المطلب الثاني - القسمة القضائية**
- ٩١٠ متى يجب أن تكون القسمة قضائية
- ٩١١ قسمة المهايأة التي تسبق للقسمة النهائية
- ٩١١ دعوى القسمة
- ٩١١ **§ ١ - الخصوم والمحكمة المختصة**
- ٩١١ الخصوم في دعوى القسمة
- ٩١٤ المحكمة المختصة
- ٩١٥ **§ ٢ - قسمة التصفية والقسمة العينية**
- ٩١٥ قسمة التصفية
- ٩١٧ بيع المال الشائع بالمرزاد العلني وقسمة الثمن على الشركاء
- ٩١٨ جواز الاتفاق على قصر الدخول في المرزاد على الشركاء
- ٩١٩ القسمة العينية - مراحلها الأربع
- ٩٢٠ المرحلة الأولى - قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب
- ٩٢٤ المرحلة الثانية - الفصل في المنازعات
- ٩٢٧ المرحلة الثالثة - الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز
- ٩٢٩ المرحلة الرابعة - التصديق على حكم القسمة في حالات خاصة
- ٩٣٣ **المطلب الثالث - تدخل الدائنين في القسمة حماية لمصالحهم**
- تدخل الدائنين غير مقصور على القسمة القضائية بل يشمل القسمة
- ٩٣٥ الاتفاقية
- ٩٣٧ **§ ١ - موقف الدائنين قبل إتمام القسمة**
- ٩٣٧ مصالح الدائنين المراد حمايتها
- ٩٣٨ لدائنين حق المعارضة وحق التدخل
- ٩٤٠ الأثر الذي يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله

صفحة

§ ٢ - موقف الدائمين بعد إتمام التهمة ٩٤١

الفرض الأول - تدخل الدائن فعلا في إجراءات القسمة ... ٩٤١
 الفرض الثاني - عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم

من معارضته أو بالرغم من أن له حقا مفيدا ... ٩٤١
 الفرض الثالث - عدم تدخل الدائن في إجراءات القسمة لأنه لم

يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل ٩٤٣

المبحث الثاني - الآثار التي ترتب على القسمة ٩٤٥

بيان هذه الآثار ٩٤٥

المطلب الأول - الإفراز - الأثر الكاشف ٩٤٥

الأثر الحقيقي لتسمة أثر مزدوج كاشف وناقل ٩٤٨

تأييد التاريخ لفكرة الأثر المزدوج ٩٥٠
 ظهور فكرة الأثر الكاشف في الفقه الحديث على سبيل المجاز

والتمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي ٩٥٢

التسمة تركز الحق الشائع في محلة المادى فيصبح النطاق المعنوى

لحق مطابقا لنطاقه المادى ٩٥٢

فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أى افتراض مخالف للحقيقة

وإنما هو بالذات الذى تقتضيه وظيفة القسمة عينها ... ٩٥٢

التمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي: لا حاجة إلى الأثر

الرجعي فهو محو مرحلة الشروع التى يتجاهلها هذا الأثر ... ٩٥٤

تضارب الآراء فيما يجب إدخاله من تعديل في نصوص التتبعين

المدنى الخاصة بأثر القسمة ٩٥٥

رأى يقول بإلغاء المادة ٨٤٣ مدنى لأن القسمة كاشفة بطبيعتها

وليس ناقلة ٩٥٦

رأى يقول بتعديل المادة ٨٤٣ مدنى بما يستبعد الأثر الرجعي

ويبرز الأثر الكاشف ٩٥٦

رأى يقول بإلغاء المادة ٨٤٣ مدنى لأن القسمة ناقلة بطبيعتها

وليس بكاشفة ٩٥٧

القسمة في حقيقتها لها أثر مزدوج كاشف وناقل ٩٥٨

لا بد من استخدام شيء من الافتراض والمجاز في القول بالأثر

الكاشف وفي القول بالأثر الناقل ٩٥٨

القول بالأثر الكاشف ينطوى على افتراض يغطى ما بداخل

هذا الأثر الكاشف من أثر ناقل ٩٥٨

صفحة

- يقول بالأثر الناقل لا يخلو من أضرار يستبعد ما يوجد
 من أثر كاشف إلى جانب الأثر الناقل ... ٩٥٩
 المادة ٨٤٢ مدني من ناحية الماثون الوضعي تقرر الأثر
 الكاشف مصحوبا بالأثر المرجعي ... ٩٥٩
- ١٥ - مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ... ٩٥٩
- (أ) مجال التطبيق من ناحية التصرفات ... ٩٥٩
 تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف ... ٩٦١
 (ب) مجال التطبيق من ناحية الأموال ... ٩٦١
 (ج) مجال التطبيق من ناحية الأشخاص ... ٩٦٣
- ٢ - النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف ... ٩٦٤
- مقروط التصرفات ، الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في
 نصيبه جزء مفرد ... ٩٦٤
 عدم اعتبار القسمة سببا صحيا في التقادم القصير ... ٩٦٥
 القسمة والتسجيل ... ٩٦٦
 النتائج المترتبة على أن القسمة عقد مساواة بناء على الأثر الكاشف
 وليست عقد مضاربة ... ٩٦٩
 نقص القسمة للغير ... ٩٦٩
 عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه إذا كان لا للقسمة ... ٩٦٩
 ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ... ٩٧٠
- المطلب الثاني - ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ... ٩٧١
- ١ - الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان ... ٩٧٢
- الشرط الأول - حدوث تعرض أو استحقاق ... ٩٧٣
 الشرط الثاني - سبب سابق على القسمة ... ٩٧٥
 الشرط الثالث - عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه ... ٩٧٦
 الشرط الرابع - عدم وجود شرط يعنى من الضمان ... ٩٧٧
- ٢ - الآثار التي تترتب على تحقق الضمان ... ٩٨٠
- الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان ... ٩٨٠
 فروض ثلاثة ... ٩٨١
 الفرض الأول - الاستحقاق للكل ... ٩٨١
 الفرض الثاني - الاستحقاق الجزئي ... ٩٨٣
 الفرض الثالث - رد ما أداه المتقاسم للتعرض ... ٩٨٤

لفصل الثاني - الشيوع الإجبارى

٩٨٧ طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجبارى وأحكام هذا الشيوع ...

طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجبارى : الشيء كله مملوك

٩٨٧ ملكية شائعة لا ملكية مفرزة مصحوبة بحق ارتفاق ...

٩٨٧ ما يترتب على ذلك من النتائج

٩٨٨ ما يختص به الشيوع الإجبارى من أحكام

٩٨٩ أنواع خاصة من الشيوع الإجبارى

٩٨٩ الحائظ المشترك (ويلحق به الحائظ الفاصل)

٩٨٩ ملكية الطبقات

٩٩٠ ملكية الأسرة

٩٩٠ المبحث الأول - الحائظ المشترك (والحائظ الفاصل)

إثبات الاشتراك في الحائظ المشترك : الحائظ الفاصل قد يكون

٩٩٠ مشتركاً وقد يكون غير مشترك

٩٩٣ المبحث الأول - أحكام الحائظ المشترك

٩٩٣ المطلب الأول - النظام القانونى للحائظ المشترك

٩٩٤ استعمال الحائظ المشترك بحسب الفرض الذى أعدله

٩٩٥ عدم جواز فتح مناور في الحائظ المشترك

٩٩٦ نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد

٩٩٧ المطلب الثانى - تعلية الحائظ المشترك

٩٩٨ تعلية الحائظ دون إعادة بنائه

٩٩٩ تعلية الحائظ عن طريق إعادة بنائه

١٠٠٠ جواز الاشتراك في الجزء الممل

١٠٠٢ المبحث الثانى - أحكام الحائظ الفاصل غير المشترك

١٠٠٣ ليس الجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه

١٠٠٤ ليس الجار أن يطلب الاشتراك في حائظ جاره

١٠٠٥ ليس لملك الحائظ أن يستتر به الجار أن يهدمه دون طرد قوى

١٠٠٧ الفرع الثانى - ملكية الطبقات

١٠٠٧ السفلى والعلو في التفتين المدنى السابق

١٠٠٩ الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى

١٠٠٩ للمبحث الأول - السفلى والعلو

مفحة

تناقص أهمية هذا النوع من ملكية الطبقات ... ١٠٠٩

§ ١ - التزامات صاحب السفل ... ١٠٠٩

الالتزام الأول - القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط

العلو ... ١٠١٠

صيانة السقف والجدران وترميمها ... ١٠١١

الالتجاء إلى القضاء لإجبار صاحب السفل على تنفيذ التزامه ... ١٠١١

الأمر ببيع السفل لمن يشتره ويرمه ... ١٠١٢

الالتزام الثاني - إعادة بناء السفل إذا تهدم ... ١٠١٢

انهدام البناء بخطأ صاحب العلو ... ١٠١٣

انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو ... ١٠١٣

إجبار صاحب السفل على إعادة البناء ... ١٠١٤

بيع السفل لمن يعيد بناءه أو إعادة صاحب العلو بناء السفل

على نفقة صاحبه ... ١٠١٤

§ ٢ - التزامات صاحب العلو ... ١٠١٥

عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة الثمن بحيث يضر بالسفل ... ١٠١٦

صيانة أرضية العلم من بلاط والواح ... ١٠١٦

المبحث الثاني - الطبقات المفروزة والشيوع الإجبارى ... ١٠١٧

التصوير الجديد للملكية الطبقات : طبقات مفروزة وأجزاء شائعة ... ١٠١٧

المطلب الأول - الأجزاء المفروزة والأجزاء الشائعة ... ١٠١٧

الأجزاء المفروزة ... ١٠١٨

الطبقات والشقق ... ١٠١٨

ما بداخل الطبقات والشقق من حواجز وأنايب الماء والغاز

وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحية ... ١٠١٩

البلاط والأخشاب التي تكتسب الأرضية والسقف والجدران ... ١٠١٩

الباب الخارجى والأبواب الأخرى والنوافذ والشرفات ... ١٠١٩

استعمال الطبقة أو الشقة دون غلوفى الاستعمال ... ١٠١٩

الأجزاء الشائعة ... ١٠١٩

الأرض التي أقيم عليها البناء ... ١٠١٩

الأساسات والجدران الرئيسية ... ١٠١٩

المدخل والأفنية والأسطح والمقاعد والممرات والدهاليز ... ١٠١٩

قواعد الأرضيات والأسقف ... ١٠١٩

صفحة

السلم	١٠٢٠
الحدائق المشتركة	١٠٢٠
حقوق الملاك في الأجزاء الشائعة	١٠٢٠
ملكية شائعة إجبارية دائمة	١٠٢٠
حصة كل مالك بنسبة قيمة الجزء المفروز الذي يملكه	١٠٢١
استعمال الأجزاء الشائعة فيما خصصت له	١٠٢٢
إدخال تعديلات في الأجزاء الشائعة	١٠٢٣
تكاليف الأجزاء الشائعة	١٠٢٣
مساهمة الملاك كل بنسبة قيمة طبقته أو شقته	١٠٢٤
التخلص من هذا الالتزام يكون بالتخلل عن الحصة الشائعة	
والجزء المفروز مراً	١٠٢٥
إدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٥
القواعد المقررة في إدارة المال الشائع	١٠٢٥
جواز تكوين اتحاد الملاك لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٦
المطلب الثاني - إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق تكوين اتحاد	١٠٢٦
يجب إجماع الملاك على تكوين الاتحاد	١٠٢٧
جواز تكوين اتحاد لتشييد أو شراء بناء متعدد الطبقات	
وتوزيعها على أعضائه	١٠٢٧
§ ١ - اتحاد الملاك	١٠٢٨
اتحاد الملاك يعتبر جمعية لها شخصية معنوية	١٠٢٨
جمعية تكونت لفرض غير الحصول على ربح مادي	١٠٢٨
شخصية معنوية لها ذمة مالية مستقلة	١٠٢٨
لاتحاد الملاك تنظيم خاص يختلف عن تنظيم الجمعيات	
بوجه عام	١٠٢٨
اتحاد الملاك لا يعتبر مالكا للبناء	١٠٢٩
ملاك البناء هم أصحاب الطبقات يملكون بعض البناء مفزراً	
وبعضه شائعاً	١٠٢٩
وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٩
لائحة تصدر بموافقة جميع الأعضاء	١٠٣٠
سريان اللائحة على الخلف العام والخلف الخاص للملاك	١٠٣٠
عدم وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٣١
الإدارة تكون بقرارات فردية تصدر من الاتحاد	١٠٣٢

صفحة

دعوة جميع الملاك للاجتماع وصدر القرار بالأغلبية	
المادة لجميع الملاك	١٠٣٢
التأمين على البناء وإجراء أعمال ترتب عليها زيادة قيمته	١٠٣٣
مقد تأمين من خطر الحريق ومن أي خطر آخر لمصلحة	
جميع الملاك	١٠٣٣
القيام بأعمال ترتب عليها زيادة قيمة البناء	١٠٣٤
منح قروض للملاك	١٠٣٥
فرض يمنح المضرمحكيه من القيام بالتزاماته - مضمون	
بحق امتياز	١٠٣٦
فرض ليس المضرم من تمكين المضرم من القيام	
بالتزاماته - غير مضمون بحق امتياز	١٠٣٦
تجديد البناء بعد هلاكه	١٠٣٧
تقرير الاتحاد عدم تجديد البناء	١٠٣٨
تقرير الاتحاد تجديد البناء	١٠٣٨
§ ٢ - مأمور اتحاد الملاك	١٠٣٩
تعيين مأمور لاتحاد الملاك	١٠٤٠
تعيينه بالأغلبية العادية	١٠٤٠
امينه بأمر على عريضة	١٠٤٠
اختصاصات مأمور الاتحاد	١٠٤١
تنفيذ قرارات الاتحاد	١٠٤١
مطالبة كل مالك بتنفيذ التزاماته	١٠٤١
حفظ الأجزاء الشائعة ومساكنها	١٠٤١
تمثيل الاتحاد أمام القضاء	١٠٤١
أجر مأمور الاتحاد وطريقة عزله	١٠٤٢
تحديد أجر لمأمور الاتحاد وجواز إعادة النظر في هذا الأجر	١٠٤٢
من يملك عزل مأمور الاتحاد	١٠٤٢
الفرع الثالث - ملكية الأسرة	١٠٤٣
الفرض من نظام ملكية الأسرة	١٠٤٣
التقاليد المستمرة في الريف هي التي فرضت ملكية الأسرة	١٠٤٣
تنظيم هذه الملكية وبسط الرقابة عليها	١٠٤٣
المبحث الأول - أركان ملكية الأسرة	١٠٤٤
الركن الأول - اتفاق مكتوب	١٠٤٥
الكتابة للانمقاد لا للإثبات	١٠٤٥

صفحة

وضع المال في ملكية الأسرة عمل من أعمال التصرف ...	١٠٤٦
الركن الثاني - أعضاء أسرة واحدة	١٠٤٦
فهم الأسرة بمعنى واسع من وحدة العمل والمصلحة - دخول	
الزوج والزوجة والأقارب والأصهار	١٠٤٧
مجرد الصداقة لا تكفي ولو تهافتت بوحدة العمل أو المصلحة	١٠٤٨
الركن الثالث - أموال مملوكة لأعضاء الأسرة	١٠٤٨
الغالب أن تكون تركة تستبقى شائعة	١٠٤٨
جواز إضافة أموال شائعة أخرى	١٠٤٨
الركن الرابع - مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة	١٠٤٩
تحديد مدة : لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة ويجوز	
الخروج قبل ذلك لمبرر قوي	١٠٥٠
عدم تحديد مدة : لكل شريك الخروج بعد ستة أشهر من	
إعلان سائر الشركاء	١٠٥١
المبحث الثاني - أحكام ملكية الأسرة	١٠٥٢
ملكية الأسرة ليست بشخص معنوي بل هي ملكية شائعة ...	١٠٥٣
تصرف الشريك في نصيبه في ملكية الأسرة	١٠٥٤
التصرف لأحد الشركاء أو لأجنبي	١٠٥٤
تنفيذ الدائن على نصيب الشريك في ملكية الأسرة	١٠٥٦
إدارة ملكية الأسرة	١٠٥٦
تعيين مدير لإدارة ملكية الأسرة	١٠٥٦
سلطات المدير الواسعة والقيود التي ترد عليها	١٠٥٧
عدم تعيين مدير وتولى الشركاء أنفسهم للإدارة	١٠٥٧

ملاحظة : وقعت بعض أخطاء طفيفة في عناوين بعض تقسيمات الباب الثالث من القسم

الثاني من هذا الكتاب (الملكية الشائعة) ، تسهل ملاحظتها . وقد

صححت في الفهرس ، فيرجع إليه في ذلك .

ما ظهر من أجزاء الوسيط وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

- الجزء الأول - في مصادر الالتزام الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ .
الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ .
- الجزء الثاني - في الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦ .
- الجزء الثالث - في أوصاف الالتزام وحالاته وانقضائه سنة ١٩٥٨ .
- الجزء الرابع - في البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠ .
- الجزء الخامس - في العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح) سنة ١٩٦٢ .
- الجزء السادس (مجلدان) - في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية) سنة ١٩٦٣ .
- الجزء السابع (مجلدان) - المجلد الأول في العقود الواردة على العمل (المقالة والوكالة والوديعة والحراسة) - المجلد الثاني في عقود الغرر (عقد التأمين والمقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤ .
- الجزء الثامن - في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء والأموال) سنة ١٩٦٧ .

ما هو تحت الإعداد

- الجزء التاسع - في أسباب كسب الملكية - الحقوق الأصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) .
- الجزء العاشر - في التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمي وحق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز) .

• • •

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول - في نظرية الالتزام بوجه عام
(يشتمل على الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط)
سنة ١٩٦٦ .

• • •

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثاني - في العقود المسماة
(يشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس والسابع
من الوسيط) .
الجزء الثالث - في الحقوق العينية والتأمينات
(يشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط) .

للمؤلف

(أولاً) كتب

- ١ - القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار المرن والقاعدة الجامة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥
- ٢ - الخلافة الإسلامية وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦
- ٣ - عقد الإيجار سنة ١٩٣٠
- ٤ - نظرية العقد سنة ١٩٣٤
- ٥ - الموجز في النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨
- ٦ - أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبوسنت) سنة ١٩٣٨
- ٧ - التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤
- ٨ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي) :
الجزء الأول - مقدمة - صيغة العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤
الجزء الثاني - مجلس العقد وصحة التراضي (الغلط والتدليس والإكراه والغبن في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٥
الجزء الثالث - محل العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٦
الجزء الرابع - نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٧
الجزء الخامس - آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٨
الجزء السادس - آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع في الفقه الإسلامي (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العتدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩ ..

- ٩ - الوسيط في شرح القانون المدني (ظهر منه ثمانية أجزاء - انظر آتفا)
سنة ١٩٥٢ - سنة ١٩٦٧
- ١٠ - الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول - انظر آتفا)
سنة ١٩٦٦ ء

(ثانيا) بحوث ومقالات

- ١ - الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة لأمبر) .
- ٢ - المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .
- ٣ - المسؤولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمي بهجت بلوى - مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٤ - المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .
- ٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .
- ٦ - الامتيازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .
- ٧ - تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذهبي للمحاكم الوطنية ، وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ٩ - عقد البيع في مشروع القانون المدني العراقي (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١٠ - مقارنة المجلة بالقانون المدني (بحوث ألفت في كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١١ - المفاوضات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .
- ١٢ - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

